

T.C.
HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK DOKTORA PROGRAMI

TÜRKİYE’DE ÇOKLU BOŞANMA SİSTEMİ

DOKTORA TEZİ

HAZIRLAYAN
FERHAT KALKMAZ

GAZİANTEP – 2022

T.C.
HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK DOKTORA PROGRAMI

TÜRKİYE’DE ÇOKLU BOŞANMA SİSTEMİ

DOKTORA TEZİ

HAZIRLAYAN
FERHAT KALKMAZ

TEZ DANIŞMANI
Prof. Dr. OĞUZ SADIK AYDOS

GAZİANTEP – 2022



**LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
MÜDÜRLÜĞÜNE
DOKTORA KABUL VE ONAY FORMU**

Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Doktora Programı öğrencisi Ferhat Kalkmaz tarafından hazırlanan “Türkiye’de Çoklu Boşanma Sistemi” başlıklı tez, 16/ 09/ 2022 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucu başarılı bulunarak jürimiz tarafından Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Görevi

**Unvanı, Adı ve Soyadı
Kurumu/Üniversitesi**

İmzası:

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Oğuz Sadık AYDOS
Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Jüri Üyesi

Prof. Dr. Dr. Mehmet KILIÇ
Yıldırım Beyazıt Üniversitesi

Jüri Üyesi

Prof. Dr. Süleyman YILMAZ
Ankara Üniversitesi

Jüri Üyesi

Doç. Dr. Kürşat GÖKTÜRK
Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Jüri Üyesi

Dr. Öğr. Üyesi Belin KÖROĞLU ÖLMEZ
Hasan Kalyoncu Üniversitesi

Bu tez Enstitü Yönetim Kurulunca belirlenen yukarıdaki jüri üyeleri tarafından uygun görülmüş ve Enstitü Yönetim Kurulu kararı ile onaylanmıştır.

Prof. Dr. M. Serhat YENİCE
Enstitü Müdürü

TEZ ETİK VE BİLDİRİM SAYFASI

Doktora Tezi olarak sunduğum “Türkiye’de Çoklu Boşanma Sistemi” başlıklı çalışmanın tarafımca, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu ve bunlara atıf yapılarak yararlanmış olduğumu belirtir ve onurumla doğrularım. 16/ 09/ 2022

Ferhat KALKMAZ



ÖZET

Boşanma davalarında görülen en önemli meselelerden biri davaların uzun sürmesi ve bunun ortaya çıkardığı sorunlardır. Bu çalışmayı yapmaktaki amaçlarımız boşanmanın kişisel ve malî sonuçları üzerinde kusurun etkilerini, boşanmanın kişisel ve malî sonuçlarının aynı dava içinde görülmesi ile taraflar hakkında yapılan kusur incelenmesinin davaların çok uzun sürmesi üzerinde etkisini ve davaların uzun sürmesinin oluşturduğu olumsuzlukları araştırmaktır. Çalışmada yapılan tespitler doğrultusunda mevcut boşanma hükümlerinde yapılabilecek değişiklikler hususunda öneriler sunmaktır. Çalışma sonunda; davaların çok uzun sürmesiyle eşlerin fikren ve fiilen bitirdikleri evlilik birliğine hukuken yıllarca devam etmek zorunda kaldıkları, dolayısıyla yıllarca özellikle boşanmanın kişisel sonuçlarından olan haklarını kullanamamaları nedeniyle mağduriyetlerine sebep olduğu tespit edildi. Yaptığımız çalışmada, boşanma davalarında sadece genel boşanma sebeplerine yer verilmesi ve kusurun boşanmanın sebepleri değil, sonuçları bakımından dikkate alınmasının daha isabetli olacağı ve boşanma davalarının ‘boşanmaya karar verilmesi ve çocuklara ilişkin kısım’ ve ‘boşanmanın malî sonuçlarına ilişkin kısım’ şeklinde ikiye ayrılarak görülmesinin mümkün ve faydalı olacağı sonucuna varıldı.

Anahtar Sözcükler: Boşanma, boşanma sebepleri, boşanmada kusur, boşanmanın sonuçları

ABSTRACT

One of the most important issues seen in divorce cases is the long duration of the cases and the problems it creates. Our aim in doing this study is to investigate the effects of fault on the personal and financial results of divorce, the effects of the personal and financial consequences of divorce on the same lawsuit, the effect of the fault examination on the parties on the long duration of the lawsuits, and the negative effects of the long duration of the lawsuits. In line with the determinations made in the study, it is to offer suggestions about the changes that can be made in the existing divorce provisions. At the end of the study; It was determined that the spouses had to legally continue the marriage union that they had ended intellectually and de facto for many years due to the long duration of the cases, thus causing their grievances for years, especially because they could not use their rights from the personal consequences of divorce. In our study, it is more appropriate to include only the general reasons for divorce in divorce cases and to consider the fault in terms of the consequences, not the reasons for the divorce, and it is possible to see the divorce cases by dividing them into two parts as 'the part related to the decision to divorce and the children' and 'the part related to the financial consequences of the divorce'. concluded that it would be beneficial.

Keywords: Divorce, reasons for divorce, fault in divorce, consequences of divorce

ÖNSÖZ

Doktora çalışmamın ders aşamasından başlayarak tez konusunun belirlenmesi ve yazılmasına kadar geçen süreçte her türlü katkı sağlayan hocalarıma, yine bütün bu süreçte her türlü teknik desteğini esirgemeyen akademisyen dostlarıma ve kendilerine ayırmam gereken zamanımın büyük bölümünden fedakârlık yapan sevgili aileme teşekkür ederim.

Gaziantep,2022

Ferhat KALKMAZ



İÇİNDEKİLER

Sayfa No.

ÖZET	i
ABSTRACT	ii
İÇİNDEKİLER	iv
KISALTMALAR LİSTESİ	xi
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	4
BOŞANMA, EVLENME ENGELLERİ VE EVLİLİĞİ SONA ERDİREN DİĞER SEBEPLER	4
1.1. Boşanma	4
1.1.1. Boşanma Kavramı	4
1.1.2. Boşanma Davası	7
1.1.2.1. Boşanma Davasının Konusu	7
1.1.2.2. Boşanma Davasının Tarafları Ve Dava Ehliyeti	8
1.1.2.2.1. Boşanma Davasının Tarafları	8
1.1.2.2.1.1. Davacı	9
1.1.2.2.1.2. Davalı	11
1.1.2.2.2. Dava Ehliyeti	11
1.1.2.3. Boşanma Davalarında Yetkili Ve Görevli Mahkeme	15
1.1.2.3.1. Yetkili Mahkeme	15
1.1.2.3.2. Görevli Mahkeme	15
1.1.2.4. Boşanma Ve Ayrılık Davalarında Usul Ve Dava Sırasında Alınacak Tedbirler	16
1.1.2.4.1. Genel Olarak	16
1.1.2.4.2. Usul Kuralları	17
1.1.2.5. Dava Sırasında Alınacak Tedbirler	19
1.1.2.5.1. Barınma Ve Geçime İlişkin Alınacak Tedbirler	19
1.1.2.5.2. Malî İlişkilere İlişkin Alınacak Tedbirler	24
1.1.2.5.3. Çocuklara İlişkin Alınacak Tedbirler	24
1.1.2.6. Ayrılığa Karar Verilmesi Ve Ayrılık Kararının Sonuçları	25
1.1.2.6.1. Ayrılığa Karar Verilmesi	25
1.1.2.6.2. Ayrılık Kararının Sonuçları	26
1.1.2.6.3. Ayrılık Süresinin Sona Ermesinin Sonuçları	28
1.2. Evlenme Engelleri	29

1.2.1. Yokluk	31
1.2.1.1. Genel Olarak	31
1.2.1.2. Yokluk Sebepleri	32
1.2.1.2.1. Aynı Cinsiyetten İnsanların Evlenme İradesi İle Bir Araya Gelmesi	32
1.2.1.2.2. Evlendirmeye Yetkili Olan Kişiler Huzurunda Evlilik İradelerinin Açıklanmamış Olması	33
1.2.1.2.3. Evlenecek Kişilerin Aynı An Ve Aynı Yerde Evlenme İradelerini Bizzat Açıklamamış Olmaları	33
1.2.1.3. Evlenmenin Yokluk İle Sakatlanmasının Sonuçları	34
1.2.2. Mutlak Butlan	35
1.2.2.1. Genel Olarak	35
1.2.2.2. Mutlak Butlan Sebepleri	37
1.2.2.2.1. Evlenme Sırasında Ayırt Etme Gücünden Sürekli Yoksun Olunması	37
1.2.2.2.2. Evlenmeye Engel Olacak Derecede Akıl Hastalığı	38
1.2.2.2.3. Evlenmeye Engel Olacak Derecede Hısımlık	39
1.2.2.2.4. Evlenme Yaşında Olmayanların Evliliği	40
1.2.2.2.5. Evlenme Sırasında Evli Olmak	40
1.2.3. Nisbi Butlan	41
1.2.3.1. Genel Olarak	41
1.2.3.2. Nisbi Butlanın Sebepleri	42
1.2.3.2.1. Ayırt Etme Kabiliyetini Geçici Olarak Kaybetme	42
1.2.3.2.2. İrade sakatlıkları	43
1.2.3.2.2.1. Yanılma	43
1.2.3.2.2.2. Aldatma	44
1.2.3.2.2.3. Korkutma	44
1.2.3.2.3. Ağır Tehlike Oluşturan Hastalığın Gizlenmesi	45
1.2.3.2.4. Yasal Temsilcinin İzni	46
1.2.4. Evlenme Engelleri Arasında Sayılan Fakat Butlanı Gerektirmeyen Haller	46
1.2.4.1. Kadının Bekleme Süresine Uymaması	46
1.2.4.2. Evlenmenin Şekil Koşullarına Uyulmaması	47
1.2.5. Butlan Kararının Hükümü	47
1.2.5.1. Genel Olarak	47
1.2.5.2. Eş Ve Çocuklar Bakımından Sonuçları	48
1.2.5.2.1. Çocuklar Bakımından Sonuçları	48
1.2.5.2.2. Butlan Kararını Eşler Bakımından Sonuçları	49
1.3. Evliliği Sona Erdiren Diğer Sebepler	49

1.3.1. Ölüm	50
1.3.2. Ölüm Karinesi Ve Gaiplik Kararı	50
1.3.3. Evlilik Sırasında Cinsiyet Değişikliği	51
İKİNCİ BÖLÜM	52
TÜRK VE İSVİÇRE HUKUKLARINDA BOŞANMANIN DÜZENLENİŞİ	52
2.1. Türk Hukukunda Boşanmanın Düzenlenişi	52
2.1.1. Boşanmanın 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisinde Düzenlenişi	53
2.1.2. 3444 Sayılı Kanun İle 743 Sayılı Kanunda Yapılan Değişiklikler	54
2.1.3. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununda Boşanmanın Düzenlenişi	56
2.2. Türk Hukukunda Boşanma Sebeplerinin Belirlenmesinde Kullanılan İlkeler	58
2.2.1. Mutlak Boşanma Sebepleri - Nisbi Boşanma Sebepleri	59
2.2.2. Kusur İlkesine Dayanan - Kusur İlkesine Dayanmayan Boşanma Sebepleri	64
2.2.3. Evlilik Birliğinin Sarsılması İlkesine Dayanan Boşanma Sebepleri	66
2.2.4. Elverişsizlik İlkesine Dayanan Boşanma Sebepleri	69
2.2.5. İrade İlkesine Dayanan Boşanma Sebepleri	70
2.2.6. Ortak Hayatın Kurulamaması İlkesine Dayanan Boşanma Sebebi	72
2.3. İsviçre Hukukunda Boşanmanın Düzenlenişi	73
2.4. 4721 Sayılı Kanundaki Boşanma Sebepleri	76
2.4.1. Özel Boşanma Sebepleri	76
2.4.1.1. Zina	77
2.4.1.1.1. Genel Olarak	77
2.4.1.1.2. Dava Hakkının Düşmesi	82
2.4.1.1.2.1. Hak Düşürücü Sürenin Geçmesi	82
2.4.1.1.2.2. Dava Hakkı Olan Eşin Affetmesi	83
2.4.1.2. Hayata Kast, Pek Kötü Muamele Ya Da Onur Kırıcı Davranış	84
2.4.1.2.1. Genel Olarak	84
2.4.1.2.1.1. Hayata Kast	86
2.4.1.2.1.2. Pek Kötü Muamele	88
2.4.1.2.1.3. Onur Kırıcı Davranış	88
2.4.1.2.2. Dava Hakkının Düşmesi	89
2.4.1.3. Suç İşleme Ve Haysiyetsiz Hayat Sürme	90
2.4.1.3.1. Genel Olarak	90
2.4.1.3.1.1. Küçük Düşürücü Suç İşleme	91
2.4.1.3.1.2. Haysiyetsiz Hayat Sürme	92
2.4.1.3.1.3. Birlikte Yaşamayı Beklenemez Hâle Getirme	93

2.4.1.3.2. Davanın Süreye Bağlı Olmaması	94
2.4.1.4. Terk	94
2.4.1.4.1. Genel Olarak	94
2.4.1.4.2. Terkin Şartları	95
2.4.1.4.2.1. Eşlerden Birinin Ortak Konutu Terk Etmesi	95
2.4.1.4.2.2. Terkin Amacı Evlilik Birliğinin Yüklediği Görevleri Yerine Getirmemek Olmalıdır	97
2.4.1.4.2.3. Haklı Nedenle Terk Hâlinde Sebebin Ortadan Kalkmasına Rağmen Eşin Ortak Konuta Dönmemesi	98
2.4.1.4.2.4. Eşini Ortak Konutu Terk Etmeye Zorlamak ya da Haklı Bir Sebep Olmadan Ortak Konuta Dönmesini Engellemek	99
2.4.1.4.2.5. Terkin En Az Altı Ay Sürmesi	99
2.4.1.4.2.6. Davaya Hakkı Olan Eşin Talebiyle Hâkim Ya da Noter Tarafından Terk Eden Eşe İhtarda Bulunulması Ve Eşin Buna Rağmen Ortak Konuta Dönmemesi	100
2.4.1.5. Akıl Hastalığı	103
2.4.1.5.1. Şartları	105
2.4.1.5.1.1. Evlilik Sırasında Akıl Hastalığının Mevcudiyeti	105
2.4.1.5.1.2. Akıl Hastalığının İyileşmeyeceği Resmî Sağlık Raporuyla Tespit Edilmeli	105
2.4.1.5.1.3. Ortak Hayat Akıl Hastalığı Sebebiyle Diğer Eş İçin Çekilmez Hâle Gelmeli	106
2.4.1.5.2. Davanın Süreye Tabi Olmaksızın Açılabilmesi	106
2.4.2. Boşanmanın Genel Sebepleri	107
2.4.2.1. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması	109
2.4.2.1.1. Genel Olarak	109
2.4.2.1.2. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılmasına Dayalı Boşanmanın Şartları	110
2.4.2.1.2.1. Evlilik Birliğinin Temelden Sarsılması	111
2.4.2.1.2.2. Temelinden Sarsılma Eşlerden Biri Veya Her İkisi için Ortak Hayatı Sürdüremeleri Kendilerinden Beklenmeyecek Derecede Olmalı	114
2.4.2.1.2.3. Davacının Daha Kusurlu Olduğu Hususunda Yapılan İtirazın Reddedilmiş Olması Ya da Davalının Böyle Bir İtirazda Bulunmaması	114
2.4.2.2. Anlaşmalı Boşanma	121
2.4.2.2.1. Genel Olarak	121
2.4.2.2.2. Anlaşmalı Boşanmanın Şartları	123
2.4.2.2.2.1. Evlilik En Az Bir Yıl Sürmüş Olmalı	123
2.4.2.2.2.2. Eşler Boşanmak İçin Mahkemeye Ya Birlikte Başvurmalı Ya da Bir Eşin Açtığı Davayı Diğeri Kabul Etmeli	124
2.4.2.2.2.3. Tarafları Hâkim Bizzat Dinlemeli	125

2.4.2.2.4. Evliliğin Malî Sonuçları Ve Çocukların Durumu Hakkında Tarafların Yapmış Olduğu Anlaşmayı Hâkim Uygun Bulunmalı	127
2.4.2.3. Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması	129
2.4.2.3.1. Genel Olarak	129
2.4.2.3.2. Ortak Hayatın Kurulamamasının Şartları	130
2.4.2.3.2.1. Eşlerden Birinin Boşanma Davası Açması ve Açılan Davanın Reddedilmesi	130
2.4.2.3.2.2. Her Ne Sebep Olursa Olsun Ortak Hayat Kurulamamış Olmalı	131
2.4.2.3.2.3. Boşanma Davasının Reddedilmesine İlişkin Kararın Kesinleşmesinden İtibaren Üç Yıl Geçmiş Olmalı	132
2.4.2.3.2.4. Eşlerden Biri Boşanma Davası Açmalı	135
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	136
BOŞANMANIN SONUÇLARI VE KUSURUN ETKİLERİ	136
3.1. Boşanmanın Sonuçları	136
3.1.1. Boşanma Kararının Eşler Bakımından Sonuçları	136
3.1.1.1. Boşanmanın Eşler Bakımından Kişisel Sonuçları	137
3.1.1.1.1. Evliliğin Sona Ermesi	137
3.1.1.1.2. Kadının Bekleme Süresinin Başlaması	137
3.1.1.1.3. Eşlerin birbirinden Olan Alacaklarında Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başlaması	138
3.1.1.1.4. Boşanan Eşlerin Mirasçılıklarının ve Ölüme Bağlı Tasarruflarının Geçersiz Hâle Gelmesi	139
3.1.1.1.5. Kişisel Durum Değişikliği	143
3.1.1.1.5.1. Kadının Evlenmeden Önceki Soyadını Alması	143
3.1.1.1.5.2. Erginlik ve Kayın Hısımlığı	144
3.1.1.1.5.3. Türk Vatandaşlığı	144
3.1.1.2. Boşanmanın Eşler Bakımından Malî Sonuçları	145
3.1.1.2.1. Genel Olarak	145
3.1.1.2.2. Maddî Tazminat Talebi Ve Maddî Tazminatın Şartları	146
3.1.1.2.2.1. Lehine Tazminata Hükmedilecek Tarafın Daha Az Kusurlu Olması	148
3.1.1.2.2.2. Aleyhine Tazminata Hükmedilecek Tarafın Kusurlu Olması	148
3.1.1.2.2.3. Davacının Mevcut veya Beklenen Menfaatinin Zedelenmiş Olması	151
3.1.1.2.2.4. Maddî Tazminatın Miktarının Belirlenmesi	153
3.1.1.2.2.5. Maddî Tazminat Miktarının Değiştirilmesi veya Kaldırılması	154
3.1.1.2.3. Manevî Tazminat Talebi Ve Manevî Tazminatın Şartları	154
3.1.1.2.3.1. Manevî Tazminat İstenen Tarafın Kusurlu Olması	156
3.1.1.2.3.2. Manevî Tazminat İsteyenin Kusursuz veya Daha Az Kusurlu Olması	157

3.1.1.2.3.3. Davacının Kişilik Haklarının İhlal Edilmiş Olması	158
3.1.1.2.3.4. Manevî Tazminatın Miktarı	159
3.1.1.2.4. Yoksulluk Nafakası	160
3.1.1.2.4.1. Yoksulluk Nafakasının Önemi Amacı Ve İşlevi	160
3.1.1.2.4.2. Yoksulluk Nafakasının Alacaklısı	162
3.1.1.2.4.3. Yoksulluk Nafakasının Yükümlüsü	162
3.1.1.2.4.4. Yoksulluk Nafakasının Şartları	163
3.1.1.2.4.4.1. Yoksulluk Nafakası Talep Edilmeli	164
3.1.1.2.4.4.2. Talepte Bulunan Taraf Daha Az Kusurlu Ya da Kusursuz Olmalı	164
3.1.1.2.4.4.3. Talepte Bulunan Taraf Yoksulluğa Düşmüş Olmalı	166
3.1.1.2.4.4.4. Yoksulluk Nafakası Yükümlüsünün Malî Gücü Nafaka Ödemeye Yeterli Olmalı	167
3.1.1.2.4.5. Yoksulluk Nafakasında Görevli ve Yetkili Mahkeme	168
3.1.1.2.4.6. Yoksulluk Nafakasının Süresi	169
3.1.1.2.4.7. Yoksulluk Nafakasının Peşin veya İrat Biçiminde Ödenmesi	170
3.1.1.2.4.8. Yoksulluk Nafakasının Değiştirilmesi ve Sona Ermesi	170
3.1.1.2.4.9. Yoksulluk Nafakası Talebinin Zamanaşımına Uğraması	174
3.1.1.2.5. Mal Rejiminin Tasfiyesi	175
3.1.2. Boşanma Kararının Çocuklar Bakımından Sonuçları	177
3.1.2.1. Boşanmanın Çocuklar Bakımından Kişisel Sonuçları	178
3.1.2.1.1. Çocuğun Velâyeti	178
3.1.2.1.2. Velâyet Yetkisi Verilmeyen Eş ile Çocuğun Kişisel İlişkisi	185
3.1.2.1.3. Üçüncü Kişiler İle Çocuklar Arasındaki İlişkiler	187
3.1.2.2. Boşanmanın Çocuklar Bakımından Malî Sonucu: İştirak Nafakası	188
3.2. Kusurun Boşanmanın Sonuçlarına Etkileri	190
3.2.1. Kusurun Boşanmanın Kişisel Sonuçlarına Etkileri	193
3.2.1.1. Evliliğin Sona Ermesi	193
3.2.1.2. Boşanan Kadın İçin Bekleme Süresinin Başlaması	193
3.2.1.3. Eşlerin Birbirlerinden Olan Alacakları İçin Zamanaşımının İşlemeye Başlaması	195
3.2.1.4. Boşanan Eşlerin Birbirlerine Mirasçılığı	196
3.2.1.5. Eşlerin Kişisel Durum Değişikliğine Etkisi	199
3.2.1.5.1. Kadının Evlenmeden Önceki Soyadını Alması	199
3.2.1.5.2. Erginlik ve Kayın Hısımlığına Etkisi	201
3.2.1.5.3. Boşanmanın Türk Vatandaşlığına Olan Etkisi	201
3.2.2. Kusurun Boşanmanın Malî Sonuçlarına Etkileri	202

3.2.2.1. Kusurun Ölüme bağlı tasarruflara Etkisi	202
3.2.2.2. Kusurun Mal rejiminin Tasfiyesine Etkisi	204
3.2.2.3. Kusurun Maddî tazminata Etkisi	205
3.2.2.4. Kusurun Manevî tazminata Etkisi	216
3.2.2.5. Kusurun Yoksulluk Nafakasına Etkisi	221
3.2.3. Kusur ilkesine Dayanan/Dayanmayan Boşanma Sebeplerinin Boşanmanın Eşler Bakımından Kişisel Sonuçlarına Etkilerinin Karşılaştırması	224
3.2.4. Kusur ilkesine Dayanan/ Dayanmayan Boşanma Sebeplerinin Boşanmanın Eşler Bakımından Malî Sonuçlarına Etkilerinin Karşılaştırması	225
3.2.4.1. Mal Rejiminin Tasfiyesi	225
3.2.4.2. Maddî Tazminat	226
3.2.4.3. Manevî Tazminat	227
3.2.4.4. Yoksulluk Nafakası	227
3.2.4.5. Ölüme Bağlı Tasarruflarla Sağlanan Hakların Akıbeti	227
SONUÇ	230
KAYNAKÇA	237

KISALTMALAR LİSTESİ

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
AMKYUK	: Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev Ve Yargılama Usullerine Dair Kanun
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: bent
B.	: bası
Bkz.	: Bakınız
TBK.	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
C.	: Cilt
E.	: Esas
eMK.	: 743 Sayılı Eski Medeni Kanun
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KRŞ	: Karşı görüş
md.	: madde
MHUM	: Mukayeseli Hukuk Araştırma Uygulama Merkezi
RG	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
TVK	: 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu
vb.	: ve benzeri
Y.	: Yargıtay
YD.	: Yargıtay Dergisi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZGB.	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)
ZPO.	: Zivilprozessordnung (İsviçre Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanu



GİRİŞ

Boşanma hem eşlerin hem çocukların kişisel ve malî hakları üzerinde çok geniş ve derin etkiler oluşturan niteliğe sahip bir müessesedir. Türk Medeni Kanunu'nda boşanmaya ilişkin düzenlemelerde boşanma sebeplerinin belirlenmesinde dikkate alınan ilkelerin hemen hepsine yer verildiği görülmektedir. Bu açıdan karma ve çoklu bir boşanma sisteminin uygulandığını söylemek mümkündür. Bu ilkelerden özellikle kusur ilkesi diğerlerine nazaran daha baskın olarak yer almaktadır. Özel boşanma sebeplerinden sadece akıl hastalığı kusur ilkesine dayandırılmamış; bunun dışında ki bütün özel boşanma sebeplerinde kusur dikkate alınmıştır.

Boşanmaya ilişkin düzenlemelerde, mehz İsviçre Medenî Kanunu dâhil olmak üzere kusur ilkesinin genel itibarıyla terk edildiğini; evlilik birliğinin sarsılması ve bu ilkenin özel bir görünümü olan anlaşmalı boşanma ve fiilî ayrılık olgusuna göre boşanmanın gerçekleştirilmesi yoluna gidildiği görülmektedir. Giderek kusur ilkesinden evlilik birliğinin sarsılmasına olan yönelmenin altında yatan düşünce; eşlerin fikrinde, duygusunda, birlikte yaşama arzusunda bitmiş olan bir evliliğin, kusur kavramına dayalı olarak düzenlenmiş Kanunda aranan vakıaların gerçekleşmemiş olması nedeniyle evliliğe son verilmemesinin evlilik birliğinin devamından beklenen faydadan daha ziyade zarara sebep olmasıdır.

Ülkemizde de sosyal ve kültürel gelişmeler ile özellikle İMK'da ve diğer ülkelerde ki boşanma alanında gerçekleştirilen yenilikler dikkate alınarak; gerçekten boşanma sebebinin *“özel boşanma sebebi olarak belirtilen hukukî düzenlemelerde öngörülmüş vakıaların gerçekleşmesinin değil, bu vakıalar dolayısı ile evlilik birliğinin sarsılmış olması olduğu”* görüşü kabul edilmektedir.

Boşanmaya ilişkin TMK'daki düzenlemeler gereği eşlerin yargılama sürecindeki kişisel ve malî hakları konusunda inceleme yapılması ve karar verilmesi zorunludur. Boşanma davalarında verilen hüküm ile sadece evlilik birliği sonuçlanmamakta ayrıca maddî ve manevî tazminat, mal rejiminin tasfiyesi ile yoksulluk nafakası gibi birçok konunun da çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Kanunî düzenlemelerde yer alan hükümler dolayısıyla oluşan eşler ve çocuklar bakımından birçok konunun incelenmesi hususundaki zorunluluk, malî sonuçlar bakımından göz önünde bulundurulması gereken tarafların kusurluluğu ve ayrıca boşanmanın özel sebeplerinde belirtilen vakıaların ispatında yaşanan güçlükler boşanma davalarının çok uzun sürmesine sebep olmaktadır.

Boşanma davaları sonunda verilen hükümle birçok kişisel ve malî sonuç meydana gelmekle birlikte; boşanmanın kişisel sonuçları üzerinde kusurun etkili olmadığı görülmektedir. Buna rağmen eşlerin özellikle evlilik birliğinin sona ermesinde kişisel haklarının kullanılabilmesi kusur incelemesini gerektiren malî hakların hükme bağlanmasını gerekli kılmaktadır. Bu husus da ayrı bir mağduriyet nedeni olarak karşımıza çıkar.

Sosyolojik, psikolojik ve kültürel birçok hususiyeti bünyesinde barındıran insanların her vakıaya karşı algıları, etkilenmeleri ve tepkileri hiç şüphe yok ki farklı olacaktır. Dolayısıyla TMK’da düzenlenen kusura dayalı boşanma sebeplerinde belirtilen olayların her aile birliği için aynı anlama gelmesi ve aynı etkiyi oluşturmasını beklemek mümkün değildir. Bu farklılıklar, kusura dayalı olarak düzenlenmiş olan özel boşanma sebeplerinde belirtilen vakıaların gerçekleşmiş olmasının mı, yoksa gerçekleşen vakanın aile birliğini sarsmış olmasının mı, boşanmanın gerçek nedenini oluşturduğunun sorgulanmasını gerektirmektedir.

Bu çalışmayı yapmaktaki amaçlarımızdan ilki, boşanmanın kişisel ve malî sonuçlarının aynı dava içinde görülmesinin meydana getirdiği sorunların tespit edilmesidir. Kusur incelemesinin sadece boşanmanın sonuçları bakımından değil, sebepleri bakımından da dikkate alınmasının meydana getirdiği meselelerin belirlenmesi bir diğer amacımızı teşkil eder.

Özel boşanma sebeplerinde belirtilen olayların her evlilik birliğinde oluşturduğu etkiyi, insanlar arasındaki farklılıkları dikkate almadan ve gerçek bir boşanma nedeni olup olmadığı göz ardı edilerek salt hadisenin meydana gelmesi kâfi görülerek boşanma hükmü olarak bir standarda kavuşturmanın beraberinde getireceği problemlerin tayini bir diğer amacımızı oluşturmaktadır. Boşanmanın özellikle kişisel ve malî sonuçlarını da dikkate alarak TMK’da özel boşanma sebeplerine yer verilmesinin gerekliliğini sorgulamak ve tespit edilen sorunların ortadan kaldırılmasını sağlayacak mevcut boşanma hükümlerinde yapılabilecek değişiklikler hususunda görüş ve önerilerimizi açıklamak nihaî hedefimizdir.

Çalışmamız toplam üç ana bölüm ve sonuç bölümünden oluşmaktadır. Birinci bölümde boşanma kavramı, evliliğin hükümsüzlüğü ve evliliği sona erdiren diğer sebepler, ikinci bölümde Türk ve İsviçre hukuklarında boşanmanın düzenlenişi, üçüncü bölümde boşanma davası incelenmiştir.

Birinci bölümde boşanma kavramı ile evliliği sona erdiren hükümsüzlük halleri, ölüm ve gaiplik karinesi açıklanmış daha sonra boşanmanın evliliği sona erdiren bu sebeplerle farklılıkları ana hatlarıyla ortaya konulmaya çalışılmıştır.

İkinci bölümde Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarındaki boşanma sebepleri ana hatlarıyla incelenmeye çalışılmıştır. Özellikle 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde ve halen yürürlükte olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'ndaki boşanma sebepleri ele alınmaya çalışılmıştır. 4/5/1988 tarih ve 3444 sayılı Kanun ile 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinde yer alan boşanma sebeplerinde yapılan değişiklikler açıklanmıştır. Daha sonra boşanma sebeplerinin dayandığı ilkeler incelenmeye çalışılmış, bunun devamında 4721 sayılı Türk Medeni Kanundaki boşanma sebepleri tek tek incelenmiştir.

Üçüncü bölümde boşanma davasının konusu, tarafları, usul kuralları genel olarak incelendikten sonra dava sırasında alınacak tedbirler ve boşanma davası sonunda verilen kararlar açıklanmaya çalışılmıştır. Boşanma davasının sonuçları kişisel ve malî sonuçlar şeklinde açıklanmış; boşanma davasında boşanma sebeplerinin dayandığı kusur ilkesinin özellikle boşanmanın kişisel ve malî sonuçlarına etkisi incelenmiştir.

Sonuç bölümünde ise yapmış olduğumuz çalışmanın sonucunda elde ettiğimiz veriler doğrultusunda oluşan görüşümüz ve mevcut boşanma sisteminin sebep olduğu aksaklıkların giderilmesi hususunda önerilerimiz açıklanmaya çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

BOŞANMA, EVLENME ENGELLERİ VE EVLİLİĞİ SONA ERDİREN DİĞER SEBEPLER

1.1. Boşanma

1.1.1. Boşanma Kavramı

Aile birliği Türk Medeni Kanunu'nda belirtilen koşulları taşıyan bir erkek ve bir kadının evlenme iradelerini evlendirmeye yetkili memur önünde açıklamaları ile kurulan aile hukuku sözleşmesidir¹. Evlilik birliği, her ne kadar taraf iradesi ile gerçekleşse dâhi, iradeleri ile belirlemedikleri, uyulması zorunlu evlilik birliğinden doğan hak ve yükümlülükler meydana getirir². Evlilik birliği diğer sözleşmelerden farklı olarak sosyal, psikolojik ve iktisadi etkiler oluşturur³. Evlilik birliği Anayasada Türk toplumunun temeli olarak ifade edilmektedir.

Evlilik birliği erkek ve kadının evlenme iradelerini açıklamalarıyla kurulmakta; fakat evliliğin sonuçlarından hem eşler hem eşlerin sahip oldukları çocuklar hem de toplum etkilenmektedir⁴. Evlilik karı ile koca arasında kader birliğidir ve ailenin mutluluğunu eşler üzerlerine düşen yükümlülükleri iş birliği yaparak sağlarlar⁵. Esas olan evlilik birliğinin devamının sağlanması olmakla birlikte; her evlilik birliğinde çeşitli nedenlerle bu amacın sağlanamadığı, hatta giderek hem eşler hem çocuklar ve toplum için faydadan ziyade zararlı hâle dönüştüğü de müşahade edilmektedir. Bu şekilde kurulma gayesinden uzaklaşmış evlilik birlikteliğinin sona erdirilmesi artık zaruret haline dönüşmektedir. Bu nedenle önceki ve yürürlükteki Medeni Kanunlarda boşanmaya ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir⁶.

¹ **Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan / Gümüş, Mustafa Alper**, Türk Özel Hukuku Aile Hukuku, Cilt: III, 13. Bası, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2018, s. 48; **Tüzüner, Özlem**, Türk Ve İslâm Hukuku Bakış Açısından Evlenmenin Hukukî Niteliği Hakkında Bir İnceleme, Ankara Barosu Dergisi, 2013/1, s. 135.

² **Tüzüner**, s. 135.

³ **Berki, Şakir**, Boşanma ve Ayrılık, AÜHFD, Yıl: 1975, Cilt: 32, Sayı: 1, s. 136

⁴ **Berki (1975)**, s. 136.

⁵ **Belgesay, Mustafa Reşit**, Kocanın Nafaka Mükellefiyeti Ve Mahkeme İçtihatları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 18, S. 3-4, Yıl:1952, s. 711.

⁶ **Berki (1975)**, s. 136.

Aile birliği toplumun en temel yapı taşı olması dolayısıyla toplumun sosyal ve kültürel değeri yargıları ile yaşam tarzını biçimlendirir; eşlerin boşanmaya karar vermesinde de aynı sosyal, kültürel yapı ve değeri yargılarının belirleyici nitelikte etkileri görölmektedir. Bu etkilerin sonucu olarak boşanmaya karar verilirken giderek taraflarda hata aranmasından ziyade geçinip geçinemedikleri ölçüsüne göre hareket ettiklerini istatistikî bilgiler göstermektedir⁷. Geçimsizliğin temelinde ise, aile ve yakın sosyal çevre baskısı ile evlenme, fikir ve duygu uyumsuzluğu, kültür farklılığı, yoksulluk, işsizlik, hayata bireysel bakış, aile birliğinin getirdiğı yükümlölükler hususunda sorumsuzluk, sevgi, saygı ve aile bireylerine karşı bağıllık duygusunun kalmaması ve alkol veya madde bağımlılığı gibi birçok etkenin olduğı görölmektedir⁸.

Halen her ölkede boşanma ve ayrılık müesseselerini kabulde birlik olmadığı gibi boşanma ve ayrılık gerekçelerinde de farklılıklar mevcuttur⁹. Dolayısıyla farklı hukuk sistemlerinde boşanma için farklı usullerin benimsendiğı görölmektedir. Boşanmanın sadece irade açıklamasıyla, noter huzurunda yapılan açıklama ile idari işlem yoluyla ya da mahkeme kararı ile gerçekleştirilebildiğı usuller vardır¹⁰.

Evlilik her iki tarafın özgür iradelerini açıklamaları ile kuruluyor olsa da aile birliğine boşanma ile son verilmesi tarafların sadece irade açıklamasında bulunması ile gerçekleşmemektedir¹¹. Türk hukukunda boşanma sadece mahkeme kararı ile gerçekleşebilir¹². Boşanma Türk Medeni Kanunu'nda belirtilen sebeplerden birinin gerçekleşmesi, taraflardan en az birinin talebi ve mahkeme kararıyla evliliğin sona erdirilmesidir¹³. Boşanma, eşlerden birinin

⁷ Yıldırım, Neşide, Türkiye'de Boşanma Ve Sebepleri, Bilig,, Sayı 28, Yıl: 2004, s. 76

⁸ Yıldırım, s. 76.

⁹ Berki, Osman Fazıl, Türk Hususi Hukuku Düvelinde Boşanma Ve Ayrılık, İstanbul Üniversitesi Hukuk Faköltesi Mecmuası, Yıl: 1942, Cilt: 8, Sayı: 1-2, s. 101.

¹⁰ Huysal, Burak / Süzen, Begüm, Yabancılik Unsuru Taşıyan Boşanmaların Şekli, Public And Private International Law Bulletin, Cilt: 40, Sayı: 2, s. 1202.

¹¹ Gürzumar, Aydanur, Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri, Milletlerarası Hukuk Ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 14, Sayı: 1-2, Yıl:1994, s. 41; Berki (1942) s. 137; Tüzüner, s. 135.

¹² Gençcan, Ömer Uğur, Boşanma Hukuku, 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, Yıl: 2020, s. 291; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.104; Huysal/ Süzen, s. 1202; Kılınç, Ayşe Nur, Terk Sebebiyle Boşanmaya İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 13.03.2015 Tarihli Ve 2-1688/1032 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 36, Yıl: 2018, s. 199; Tekben, Tuğçe, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebine Dayalı Boşanma Üzerine Bir İnceleme, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Faköltesi Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 2, Yıl: 2021, s. 1077.

¹³ Gençcan (2020), s. 291; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 104; Çörtoğlu Koca, Sema, Boşanma, Ayrılık Ve Evliliğin Butlanı Davaları İle Velâyete İlişkin Davalarda Milletlerarası Yetki Sorunu, Ankara, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Faköltesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 2, Yıl:2016, s. 211.

ölmesi, gaiplik kararına bağlı olarak evliliğin feshine karar verilmesi, eşlerden birinin cinsiyet değiştirmesi veya evliliğin hükümsüzlüğü gibi evliliği sona erdiren sebeplerden biridir¹⁴.

Boşanma talebi, eşler arasındaki evlenme ile meydana gelen ilişkiyi sona erdirici mahiyette bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasıdır¹⁵. Boşanma kararı da boşanma davasının açılmasına bağlı olarak geleceğe etkili olacak nitelikteki bozucu yenilik doğuran bir karardır¹⁶. Boşanmanın tarafları eşler olmakla birlikte birçok ahlaki ve toplumsal sonuçları da olması sebebiyle sadece tarafları değil, diğer aile üyelerini ve toplumu da ilgilendirir¹⁷.

Tarihî süreç içerisinde boşanmaya ilişkin farklı bakış açısı ve uygulamalar olmuş, aynı esaslar her zaman her toplum tarafından benimsenmemiştir. Boşanmayı yasaklayan görüşler olduğu gibi boşanmayı taraflardan birinin veya her iki eşin iradesine bırakan veya boşanmanın hâkim kararı ile gerçekleşmesini öngören görüşler de mevcuttur¹⁸. Günümüzde modern hukuk sistemlerinde boşanmanın kanunda öngörülen bir sebebe dayanılarak ancak hâkim hükmüyle gerçekleşmesi görüşü genel kabul gören anlayış haline gelmiştir¹⁹.

Boşanma davasının açılabilmesi için her şeyden önce halen devam eden geçerli bir evliliğin varlığı gerekir²⁰. Devam etmekte olan geçerli evliliği eşlerden birinin veya her ikisinin iradesine bağlı olarak sona erdirmenin normal yolu boşanmadır²¹. Bunun yanında boşanmayı yasaklayan, tarafların iradesine bırakan veya sadece eşlerden birinin iradesine bağlı olarak boşanmanın gerçekleşmesini sağlayan sistemler bulunmaktadır²².

¹⁴ Gençcan (2020), s. 291; Dural/ Ögüz/ Gümüş, S.104.

¹⁵ Oğuzman, M. Kemal/ Barlas, Nami, Medeni Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar), Vedat Kitapçılık, 2017, İstanbul, s. 564.

¹⁶ Kayıhan, Şaban/ Ünlütepe, Mustafa, Medeni Hukuk Bilgisi. 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017, s. 291; Ersöz, Oğuz, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Düzenlenen Boşanma Sebeplerine Genel Bakış, The Journal Of The Social Science, Yıl: 3, Cilt: 3, Sayı: 5 / 2019, s. 231.

¹⁷ Paul Schwabz/ Sait Kemal Mimaroglu, İsviçre ve Türk Hukukunda Şiddetli Geçimsizlik Nedeniyle Boşanma, (1962), Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 17, Sayı: 3, Yıl: 1962, s. 329.

¹⁸ Ceylan, Ebru, İsviçre, Fransa, Belçika, İspanya Ve İtalya Hukukundaki Boşanma Sebeplerinin Türk Hukukuyla Mukayesesi Ve Değerlendirilmesi. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 0-0. DOI: 10,18771/MDERGİ.496807, Sayı: 12, Yıl: 2018, s. 317

¹⁹ Ceylan 2018), s. 317; Kayıhan/ Ünlütepe, s. 291.

²⁰ Kayıhan/ Ünlütepe, s. 291, Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 105; Tekben, s. 1078.

²¹ Canarlan, Gökçe, Hayata Kast, Pek Kötü Veya Onur Kırıcı Davranışın, Genel Boşanma Sebepleriyle İlişkisi, International Journal Of Social And Humanities Sciences, Cilt: 1, Sayı: 2, Yıl: 2017, s. 98; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 105.

²² Ruhi, Ahmet Cemal, Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme İlamlarının Tanınması Ve Tenfizi. Ankara: Seçkin Yayınevi, Yıl: 2013, s. 20.

Türk Kanunu Medenisinin kabulü ile birlikte tek taraflı irade açıklamasıyla boşanmanın gerçekleşmesini sağlayan sistem hukukumuz açısından terk edilmiş ve boşanmanın ancak hâkim kararı ile geçerli olabileceği kabul edilmiştir²³. Aynı anlayış Türk Medeni Kanunu'nda da devam ettirilmiştir. Buna göre dava açma bakımından eşit haklara sahip olan eşlerden en az birinin boşanma talebi ile dava açması ve davasını Türk Medeni Kanunu'nda belirtilen (161-166) sebeplerden biri ile gerekçelendirmesi gerekmektedir²⁴. Türk Medeni Kanunu'nda sayılan sebeplerden birinin gerçekleşmesi boşanma için yeterli olmakla birlikte, genellikle boşanmanın tek bir nedene değil yıllar içinde sorunların birikmesine dayandığı gözlemlenmektedir²⁵.

1.1.2. Boşanma Davası

1.1.2.1. Boşanma Davasının Konusu

Boşanma davasının konusu boşanma veya ayrılıktır²⁶. “*Boşanma sebebi ispatlanmış olursa, hâkim boşanmaya veya ayrılığa karar verir*” (md.170/1). Kanunda boşanma sebeplerinden farklı ayrılığı gerektiren sebep sayılmamış; boşanma sebepleri aynı zamanda ayrılık sebebi olarak kabul edilmiştir²⁷. Boşanma evlilik birliğinin tamamen sona ermesi ile sonuçlanan bir karar iken; ayrılık eşlerin ortak hayatı kurma ihtimalinin olması hâlinde resmî olarak evlilik birliğinin devam ettiği fakat ortak yaşamın geçici bir süre tatil edildiği karardır²⁸.

TMK'nın 167. maddesine göre boşanma davası açma hakkı olan eş eğer isterse boşanma davası yerine ayrılık davası da açabilir²⁹. Kanun hükmünden de açıkça anlaşıldığı üzere boşanma davası açma hakkına sahip olan eş boşanma davası açma zorunluluğunda olmayıp dilerse ayrılığa ilişkin talepte bulunma hakkına da sahiptir³⁰.

²³ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.105.

²⁴ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.105.

²⁵ Ayşe Nur Kılınç, s. 199.

²⁶ Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, Aile Hukuku (5 B.). İstanbul: Nurgök Matbaası, Yıl:1965, s. 230; Zevkliler, Aydın/ Havuççu, Ayşe/ Ertaş, Şeref/ Gürpınar, Damla, Medeni Hukuk (Temel Bilgiler) 2. Baskı, Ankara: Yıl: 2003, s. 294.

²⁷ Köprülü, Bülent/ Kaneti, Selim Aile Hukuku, İstanbul: Özlem Kaedeşler Matbaası, Yıl: 1985-1986, s. 179.

²⁸ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.127; Çörtoğlu Koca, s. 211; Velidedeoğlu, s. 230; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 293.

²⁹ Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 294.

³⁰ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.127; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 294.

TMK'nın 166/3, 4 fıkralarında düzenlenen anlaşmalı boşanma hali ile ortak hayatın kurulamaması hallerinde evlilik birliği temelinden sarsılmış kabul edildiğinden bu sebeplere dayalı olarak açılan boşanma davalarında ayrılığa ilişkin talepte bulunulması mümkün değildir. Fakat bu hükmün dışındaki bütün boşanma sebeplerine dayanarak açılan davalarda tarafların boşanma yerine ayrılık talebinde bulunması mümkündür³¹.

Hâkim sadece ayrılık talebinde bulunulması hâlinde boşanmaya karar veremeyecektir. Bunun aksine boşanma davası açılması hâlinde hâkim ortak hayatın yeniden kurulması olasılığını mümkün görür ise bu durumda boşanma yerine ayrılığa hükmedebilir³². Bu durumda ortak hayatın yeniden kurulması ihtimalinin olup olmadığını hâkim takdir eder³³.

1.1.2.2. Boşanma Davasının Tarafları Ve Dava Ehliyeti

1.1.2.2.1. Boşanma Davasının Tarafları

Boşanma davasında dava tarafları eşlerdir³⁴. Boşanma davası açma hakkı da evlenme, nişanlanma, nesebin reddinde olduğu gibi şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan biridir³⁵. Şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların temel özelliği hakkın ancak o kişi ile var olup onun kişiliği sona erince hakkında sona ermesidir³⁶. Dolayısıyla bu haklar sadece hak sahibi tarafından kullanılabilir niteliktedir³⁷. Bu hakların bir başka kişi tarafından kullanılması mümkün olmadığı gibi bir başkasına devredilmesi de mümkün değildir³⁸. Bu açıdan bakıldığında boşanma davası da ancak eşin kendisi tarafından açılabilecektir³⁹.

³¹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.127.

³² Köprülü/ Kaneti, s. 180.

³³ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.128; Köprülü/ Kaneti, s. 180.

³⁴ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.128.

³⁵ Oğuzman/Barlas, s.168; Kibar, Ahmet Fevzi, Türk Hukukunda “Hayata Kast” Sebebi İle Boşanma ve Doğurduğu Hukuki Sonuçların Değerlendirilmesi (Tmk M. 162) . Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. (2), Yıl: 2020, s. 635.

³⁶ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.129; Oğuzman/ Barlas, s.168.

³⁷ Oğuzman/ Barlas, s.168.

³⁸ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.129;

³⁹ Oğuzman/ Barlas, s.168.

Davanın eşler tarafından açılabilir olması mahkemede bir avukat tarafından temsil edilmeyeceği anlamına gelmez⁴⁰. Boşanma iradesinin eşler tarafından verilebileceği daha sonrasında ise mahkemede temsil edilmesinin mümkün olduğu şeklinde anlaşılmalıdır⁴¹.

1.1.2.2.1.1. Davacı

TMK’da boşanma sebepleri sayılırken boşanma davasının tarafları da açıklanmıştır. Buna göre; eşlerden biri zina ederse, zina sebebiyle diğer eş boşanma davası açabilecektir. Fakat dava açma hakkı olan eşin boşanma sebebini öğrenmesinden itibaren altı ay ve her hâlde zina eyleminin üzerinden beş yıl geçmesine rağmen dava açılmamış ise dava açma hakkının düşeceği, ayrıca affeden eşin dava hakkının olmadığı (TMK161/1,2) belirtilmiştir.⁴²

Hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış sebebiyle boşanma davasının açılmasına ilişkin hükümde de diğer eş tarafından hayatına kastedilen veya kendisine pek kötü davranılan ya da ağır derecede onur kırıcı bir davranışta bulunulan eş boşanma davası açabilecektir. Yine dava açma hakkı olan eşin boşanma sebebini öğrenmesinden itibaren altı ay ve her hâlde eyleminin üzerinden beş yıl geçmesine rağmen dava açılmamış ise dava açma hakkı düşecektir. Ayrıca affeden eşin dava hakkı yoktur⁴³.

Suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanma davasının açılmasına ilişkin hükümde de eşlerden biri küçük düşürücü bir suç işler veya haysiyetsiz bir hayat sürer ve bu sebeplerden ötürü onunla birlikte yaşaması diğer eşten beklenemezse, bu eşin süre sınırlaması olmaksızın boşanma davası açabileceği belirtilmiştir⁴⁴.

Terk sebebiyle boşanma davasının açılmasına ilişkin hükümde eşlerden birinin, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek amacıyla diğerini terk etmesi veya haklı bir sebep olmadan ortak konuta dönmemesi hâlinde terk edilen eş boşanma davası açabilecektir. Eşini ortak konutu terk etmeye zorlayan veya haklı bir sebep olmaksızın ortak

⁴⁰ Oğuzman/ Barlas, s.168.

⁴¹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.130.

⁴² Gözütok, Gülfer, Terk Nedeniyle Boşanma. Ankara: Seçkin Yayınevi, Yıl: 2019, s. 36; Kandil, Seher, Türk Hukukunda Terk Nedeniyle Boşanma, Ankara, Seçkin Yayınevi, Yıl: 2006, s. 29; Tekin, Helin Neval, Anlaşmalı Boşanma. Ankara: Seçkin Yayınevi, Yıl: 2019, s. 38.

⁴³ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.111;Gözütok, s. 37; Kandil, s. 32;Tekin, s. 41.

⁴⁴ Gözütok, s. 38; Kandil, s. 33;Tekin, s. 44.

konuta dönmesini engelleyen eşe karşıda evi terke zorlanan diğer eş dava açma hakkına sahiptir⁴⁵.

Akıl hastalığı sebebiyle boşanma davasının açılmasına ilişkin hükümde de eşlerden birinin akıl hastası olması ve bu yüzden ortak hayatın diğer eş için çekilmez hâle gelmesi ve hastalığın geçmesine olanak bulunmadığının resmî sağlık kurulu raporuyla tespit edilmesi koşuluyla hasta olmayan eş boşanma davası açabilecektir⁴⁶.

Evlilik birliğinin ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olması hâlinde, eşlerden her biri boşanma davası açabilecektir⁴⁷. Fiilî ayrılık hâlinde de eşlerden her biri dava açma hakkına sahiptir.

Şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olan boşanma davasında eşlerin dışında birinin taraf olması kural olarak mümkün değildir⁴⁸. Ayırt etme kabiliyeti olmayan eşin, dava açma veya açılan davada haklarını savunma imkânı olmadığı için⁴⁹; zarara uğramakla yüz yüze kalır. Bu nedenle şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olan boşanma davasının istisna olarak yasal temsilci tarafından açılabilmesine cevaz verilmektedir⁵⁰.

Dava devam ederken eşlerden birinin ölmesi hâlinde evlilik ölüm ile sonuçlanacağından sağ kalan eş bile davaya devam edemez⁵¹. Şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar bakımından temel kural bu olmakla birlikte; eşlerin eş olma dolayısıyla kazandıkları mirasçılık hakkını boşanma hâlinde ki akıbetini düzenleyen hükme göre dava sırasında ölen eşin mirasçılarına davaya devam edebilme imkânı verilmektedir⁵². Bu hükümde “*Boşanma davası devam ederken, ölen eşin mirasçılarının birisinin davaya devam etmesi...*”(md.181/2) ifadesine yer verilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus Kanun hükmünün ölen eşin mirasçılarına verdiği davaya

⁴⁵ Gözütok, s. 40; Kandil, s. 34; Tekin, s. 45.

⁴⁶ Kandil, s. 35; Tekin, s. 48.

⁴⁷ Kandil, s. 39.

⁴⁸ Oğuzman/ Barlas, s. 168; Velidedeoğlu, s. 233.

⁴⁹ Köprülü/ Kaneti, s. 182.

⁵⁰ Köprülü/ Kaneti, s. 182; Oğuzman/ Barlas, s. 169; Velidedeoğlu, s. 233.

⁵¹ Aras, Bahattin, Aile Mahkemelerinde Yargılama Usulü Aile Mahkemelerinde Yargılama Usulü, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2, Yıl: 2007; Köprülü/ Kaneti, s. 182.

⁵² Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.140; Kılıçoğlu, Ahmet Mithat, Medeni Kanun'umuzun Aile- Miras ve Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara, Turhan Kitapevi, Yıl: 2004, s. 22; Kibar, Ahmet Fevzi, Türk Hukukunda “Hayata Kast” Sebebi İle Boşanma Ve Doğurduğu Hukuki Sonuçların Değerlendirilmesi (TMK md. 162) , Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Sayı: 2, Yıl: 2020, s. 655; Y2HD.,E. 2012/19183, K. 2013/5313, T. 27.02.2013, Corpus Web Mevzuat ve İçtihat Programı. NOT: Tezin devamında belirtilen bütün yargı kararları Corpus Web Mevzuat ve İçtihat Programından alınmıştır.

devam yetkisinin kapsamının ne olduğudur. TMK 181/1, 2 hükümlerine göre ölen eşin mirasçıları boşanmaya hükmedilmesini değil; sadece diğer eşin kusurunun ispatlanması ile sınırlı olarak davaya devam edebileceklerdir⁵³. Dolayısıyla mirasçıların davaya devam etmesi sonucu alınan hüküm ile eşlerin birbirlerine yasal mirasçısı olamamaları ve boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarrufların geçersiz olması sonucunu meydana getirecek kusurluluğun tespitine ilişkin karar alınacaktır⁵⁴. Evlilik eşlerden birinin ölümüyle sona erdiğinden; mirasçıların yürütecekleri dava boşanma ile sonuçlanacak nitelikte olmayıp; sadece miras hakları bakımından sağ kalan eşin kusurluluğunun tespiti ile sınırlıdır.

1.1.2.2.1.2. Davalı

Davalı taraf diğer eştir⁵⁵. Zina sebebiyle boşanma davasının açılmasına ilişkin hükme dayanılarak dava açılması hâlinde zina eden eşe dava açılır. Hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış sebebiyle boşanma davasının açılmasına ilişkin hükme dayanılarak dava açılması hâlinde diğer eşin hayatına kasteden veya pek kötü davranan ya da ağır derecede onur kırıcı bir davranışta bulunan eşe dava açılır. Terk sebebiyle boşanma davasının açılmasına ilişkin hükme dayanılarak dava açılması hâlinde evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla diğerini terk eden eşe dava açılır. Akıl hastalığı sebebiyle boşanma davasının açılmasına ilişkin hükme dayanılarak dava açılması hâlinde akıl hastası olan eşe dava açılır. Evlilik birliğinin ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olması hâlinde sarsılmaya sebep olan eşe dava açılır. Anlaşmalı boşanmada her iki eşin de davacı ve davalı olması mümkündür. Ortak hayatın kurulamaması nedeniyle boşanma davası açılmasında ise; reddedilen önceki davada hangi eşin kusurlu veya davalı ya da davacı olduğuna bakılmaksızın her iki eşte davacı ve davalı olabilirler.

1.1.2.2.2. Dava Ehliyeti

Dava ehliyeti dava şartlarındandır. Bu nedenle herhangi bir itiraz olmasa dahi mahkemece re 'sen göz önünde bulundurulması gereklidir. Davayı ancak dava ehliyeti olan açabilir, yürütebilir ve usulü işlemleri yapabilir⁵⁶. Dava ehliyetine sahip olan eşler bizzat

⁵³ Y2HD.,E. 2021/769, K. 2021/2334, T. 17.03.2021

⁵⁴ Aras, Bahattin, Boşanma Davalarında Yargılama Usulü Ve Aile Mahkemeleri. Ankara: Adalet Yayınevi, Yıl: 2011, s. 43.

⁵⁵ Köprülü, Bülent/ Kaneti, Selim, Aile Hukuku, İstanbul, Özdem Kardeşler Matbaası, Yıl: 1985-1986, s. 182.

⁵⁶ HGK. E. 2017/1896, K. 2019/1112, T.24.10.2019.

boşanma davası açabilecekleri gibi yetkilendirecekleri vekilleri vasıtasıyla davanın açılmasını da sağlayabilirler⁵⁷.

On sekiz yaşını tamamlamamış olmakla beraber yasal evlenme yaşına uygun olarak (TMK m.124) evlenenler dahi, “evlenme kişiyi reşit kılar” (TMK m.11) hükmü gereği reşit kabul edilmekte ve ayırt etme kabiliyetine sahip olmak ve kısıtlanmamış olmak koşuluyla tam ehliyetli kabul edilmektedirler⁵⁸. Dolayısıyla bunlarda dava ehliyetini tek başlarına kullanabilmektedirler.

Genel olarak dava ehliyetinde tam fiil ehliyeti aranırken; şahsa sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanılması mahiyetindeki boşanma davasında dava ehliyeti genel dava ehliyetinden farklılık gösterir⁵⁹ ve boşanma davasının açılmasında tam fiil ehliyeti aranmaz. Boşanma davasında dava ehliyetini sınırlı ehliyetliler, sınırlı ehliyetsizler ve tam ehliyetsizler bakımından ayrı ayrı incelemek gerekir⁶⁰.

Şöyle ki; sınırlı ehliyetsizler ayırt etme kabiliyetine sahip oldukları için boşanma davasını yasal temsilcilerinin rızasını almadan bizzat kendileri açabilecekleri gibi tayin edecekleri vekilleri vasıtasıyla da açabilirler⁶¹.

Sınırlı ehliyetliler de yasal danışmanlarının onayını almaksızın boşanma davasını bizzat kendileri açma hak ve yetkisine sahiptirler. Bu yetkiyi yasal temsilci istese de kullanamaz⁶². Yani şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olan boşanma davasının açılabilmesi için ayırt etme kabiliyetine sahip olmak yeterli görülmektedir⁶³.

⁵⁷ Aras (2011), s. 55; Akkaya, Tolga, Medeni Usul Hukuku Bakımından Boşanma Davası, Yetkin Yayınları, Ankara, Yıl: 2017, s.300; Oğuzman/ Barlas, s.169; Velidedeoğlu, s. 233.

⁵⁸ Aras (2011), s. 55

55; Akkaya (2017), s. 301; Oğuzman/Barlas, s. 169.

⁵⁹ Oğuzman/ Barlas, s. 169.

⁶⁰ Aras (2011), s. 56; Akkaya (2017), s. 302.

⁶¹ Akkaya (2017), s. 303; Oğuzman/ Barlas, s. 169; YHGK.,E. 2017/1896, K. 2019/1112, T. 24.10.2019; “Ayırt etme gücüne sahip (mümeyyiz) küçükler ve kısıtlılar ise kural olarak fiil ehliyetine ve dolayısıyla dava ehliyetine sahip değildir. Bu nedenle davada yasal temsilcileri tarafından temsil edilir. Ancak sınırlı dava ehliyetine sahip bu kişiler kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanmak bakımından yasal temsilcilerinin rızasına muhtaç değildir (TMK m.16). Bu nedenle kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili davalarda (boşanma, ayrılık, babalık davaları gibi) dava ehliyetine sahiptirler”.

⁶² Oğuzman/ Barlas, s. 169.

⁶³ Aras (2011), s. 56; Akkaya (2017), s. 303.

Boşanma davası her ne kadar şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak ise de dava açma hakkı olan eşin ayırt etme kabiliyetinin olmaması hâlinde davanın bir yasal temsilci tarafından açılıp açılmayacağı bir sorun oluşturur⁶⁴.

Bu hâlde boşanma davası açma hakkının şahsa sıkı sıkıya bağlı olması ile boşanma davası açılmaması hâlinde ayırt etme kabiliyeti olmayan eşin uğrayacağı menfaat ihlali arasında bir çözüm bulunması gerekir. Özellikle ayırt etme kabiliyeti olmayan eş adına boşanma davası açılması mümkün görülmemesi; eşi zina eden, hayatına kasteden, pek kötü veya onur kırıcı davranışta bulunan, suç işleyen veya haysiyetsiz hayat süren eşe karşı dava açılmaması hâlinde ayırt etme kabiliyeti olmayan eş kişilik haklarının ihlal edilmesine maruz kalacaktır⁶⁵.

Bu hususta boşanma davası açma hakkının şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu ve yasal temsilcinin yetkisinin genişletilemeyeceği dolayısıyla yasal temsilcinin dahi dava açamayacağını ileri süren görüşler vardır. Bunun yanında genel olarak kabul edilen görüşe göre ise boşanma her ne kadar şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olsa da ayırt etme kabiliyeti olmayanın menfaatleri gözetilerek; özellikle eşin zinası, cana kast etmesi, haysiyetsiz hayat sürmesi gibi onur ve şerefi zedeleyici haller karşısında yasal temsilciye dava açma hakkı tanınmalıdır⁶⁶.

Şahsa sıkı sıkıya bağlı hakkı ne tam ehliyetsiz yani ayırt etme kabiliyeti olmayan kişinin kullanabilmesi ne de bunun adına yasal temsilcinin kullanabilmesi mümkün değil iken⁶⁷; bu kuralın istisnasız şekilde uygulanması da ayırt etme kabiliyeti olmayanın korunması amacına uygun düşmemektedir⁶⁸. Bu nedenle boşanma davası açılması hususunda farklı bir yol izlenmiştir. Buna göre ayırt etme kabiliyeti olmayan eş davayı bizatihi açamayacağı için, ayırt etme kabiliyeti olmayan eşin menfaati var ise onun adına yasal temsilcinin açması uygun görülmektedir⁶⁹.

⁶⁴ **Ataay, Aytekin Mithat**, Boşanma Davasında Gayrı Mümeyyiz Olan Davacının Kanuni Temsili, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 25, Sayı 1-4, Yıl: 1960, s. 193.

⁶⁵ **Aras (2011)**, s. 58; **Akkaya (2017)**, s. 305; **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, s. 130; **Oğuzman/ Barlas**, s. 169.

⁶⁶ **Ataay**, s. 201.

⁶⁷ **Oğuzman/ Barlas**, s. 169.

⁶⁸ **Ataay**, s. 201; **Oğuzman, M. Kemal/ Selici, Özer/ Oktay Özdemir, Saibe**, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler). İstanbul: Filiz Kitapevi, Yıl: 2018, s. 88.

⁶⁹ **Aras (2011)**, s. 56; **Akkaya (2017)**, s.304.

Ayırt etme kabiliyeti olmayan eşin adına boşanma davası açılması hakkında davacı ve davalı sıfatına göre de farklı değerlendirme yapmak gerekmektedir⁷⁰.

Ayırt etme kabiliyeti olmayan eşin davacı taraf olması hâlinde hukuki yararının bulunmasına bağlı olarak yasal temsilcisi dava açma yetkisine sahiptir. Bunun yanında davalı olması hâlinde ise her hâlükârda yasal temsilcisi ayırt etme kabiliyeti olmayan eşin davasını takip edebilecektir⁷¹.

Ayırt etme kabiliyeti olmayan eşin kendisinin dava açma ehliyeti de olmadığından boşanma davası açamayacağı düşünüldüğünde kendisi adına şahsa sıkı sıkıya bağlı bu hakkın kullanılması hususunda boşanma sebebine göre bir ayırım yapılması daha isabetli bir çözüm yolu olacaktır. TMK'nın 161, 162, 163 ve 164 maddeleri ile 166/4 de düzenlenen ortak hayatın kurulamaması hâlinde yasal temsilcinin ayırt etme kabiliyeti olmayan eş adına dava açmasının mümkün olması bu eşin haklarının korunması bakımından daha yararlıdır. Ayırt etme kabiliyeti olmayan eş adına 166. maddede düzenlenen evlilik birliği ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olması esasına dayalı olarak yasal temsilcinin dava açması ise mümkün olmamalıdır. Çünkü ayırt etme kabiliyeti olmayan eş, bu sebebe dayalı olarak dava açılabilmesi için gerekli olan evlilik birliğinin ortak hayatı sürdürmesi kendisinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olduğu hususunu anlayacak idraki yapıda değildir. Ayırt etme kabiliyetine sahip fakat kısıtlanmış eşin ise boşanma davasını bizzat açması mümkündür⁷². Boşanma davasını açma hakkının şahsa sıkı sıkıya bağlı olmasının bir sonucu olarak, boşanma davasını açma hakkı mirasçıya geçmez. İstisnai olarak 182/2 de düzenlenen hâlde boşanma davasına mirasçıları devam edebilmektedir.

⁷⁰ Akkaya (2017), s. 305.

⁷¹ Aras (2011), s. 57; Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir, s. 88; Oğuzman/ Barlas, s. 169

⁷² Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 131; Oğuzman/ Barlas, s. 169.

1.1.2.3. Boşanma Davalarında Yetkili Ve Görevli Mahkeme

1.1.2.3.1. Yetkili Mahkeme

Boşanma davalarında yetkili mahkeme TMK'nın 168. maddesinde düzenlenmiştir⁷³. Bu hükme göre “*boşanma veya ayrılık davalarında yetkili mahkeme, eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir*” (md.168).

Çekişmesiz yargıya tabi olan anlaşmalı boşanma içinde “*Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, çekişmesiz yargı işleri için talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi yetkilidir*” (HMK, m. 384) hükmüne yer verilmiştir. Bu hükmünde kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça dendiği için; yetki bakımından HMK hükmü değil; TMK'nın 168. maddesi uygulanacaktır⁷⁴.

Eşlerden her birinin bağımsız yerleşim yeri mevcut ise bu durumda herhangi birinin yerleşim yerinde dava açılabilmesi gibi eğer birbirinden ayrı yerleşim yerleri yok ise bu hâlde son altı ay birlikte oturdukları yer mahkemesinde dava açabileceklerdir. Kanun hükmünde birlikte oturma ifadesine yer verildiği için özellikle ikamet koşulu aramaya gerek yoktur. Eşlerin birlikte fiilen oturdukları yer mahkemesi yetkilidir⁷⁵.

1.1.2.3.2. Görevli Mahkeme

Aile ile ilgili sorunların çeşitliliğinin ve sayısının giderek artması dolayısıyla 2003 yılında aile mahkemeleri kurulmuştur⁷⁶. Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair 4787 sayılı Kanun'un dördüncü maddesinde göre görevli mahkemeler aile mahkemeleridir⁷⁷. Aile mahkemesinin bulunmadığı yerde görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir⁷⁸.

⁷³ Çakın, Akın, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Bilge Yayınevi, Ankara, Yıl: 2007, s.37; Yener, Mehmet Zahit, Sosyal Medya Paylaşımlarının Boşanma Davasına Etkisi, Adalet Dergisi, Sayı: 67, Yıl:2021, Akkaya (2017), s. 265.

⁷⁴ Akkaya (2017), s.265; Ruhi (2013), s. 23.

⁷⁵ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.131.

⁷⁶ Arslan, Aziz Serkan, Türk Aile Mahkemelerinin Yapısı ve Yargılama Usulü, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1, Yıl: 2010, s. 188.

⁷⁷ Ruhi (2013), s. 23.

⁷⁸ Aras (2011), s. 76; Arslan, s. 190; Akkaya (2017), s. 262; Dural/ Ögüz/ Gümüş s. 131.

Boşanmanın malî sonuçlarından olan maddî tazminat, manevî tazminat ve nafaka davaları, ister boşanma davaları ile birlikte talep edilsin, ister boşanma davasından sonra talep edilsin görevli mahkeme yine aile mahkemesidir⁷⁹. Görev kamu düzeni ile ilgili olduğu için hâkim davanın her aşamasında re'sen görevli olup olmadığı hususunu dikkate alır⁸⁰.

1.1.2.4. Boşanma Ve Ayrılık Davalarında Usul Ve Dava Sırasında Alınacak Tedbirler

1.1.2.4.1. Genel Olarak

Boşanma davasının devamı süresince alınması gereken geçici önlemler TMK'nın 169. maddesinde düzenlenirken dava sırasında uygulanacak usuller 184. maddesinde düzenlenmiştir⁸¹.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılmış kabul edildiği 166. maddenin üç ve dördüncü fıkralarında 184. maddede öngörülen usul hükümleri uygulanmaz.

4787 sayılı AMKYUK'nın 7. maddesinin üçüncü fıkrasında özel kanunlarda ki hükümler saklı kalmak kaydıyla bu kanunda hüküm bulunmayan konularda TMK'nın aile hukukuna ilişkin usul hükümleri ile HMK hükümleri uygulanır hükmüne yer verilmiştir. Yine TMK'nın 184. maddesinde de boşanmada yargılama aşağıdaki kurallar saklı kalmak üzere HMK'na tabidir hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümlerden anlaşıldığı üzere boşanmaya ilişkin usul hükümleri hem Kanun AMKYUK'na hem TMK'daki özel hükümlere hem de HMK'na tabidir⁸².

AMKYUK'nun yedinci maddesinde “*aile mahkemeleri önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre esasa girmeden önce aile içindeki karşılıklı sevgi saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder*” hükmüne yer verilmiştir. Maddenin devamında sulh sağlanamadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir denmektedir. Madde hükmünden de anlaşılaçağı

⁷⁹ Akkaya (2017), s. 264.

⁸⁰ Arslan s. 190.

⁸¹ Akkaya (2017), s. 265.

⁸² Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 131.

üzere hâkimin eğer mümkünse öncelikle eşleri sulhe davet etmesi; fakat bunun gerçekleşmemesi hâlinde esasa ilişkin incelemeyi yaparak hüküm vermesi kuralı getirilmiştir⁸³.

Bu kanun maddesi incelendiğinde evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı karine olarak kabul edilen hallerde yani TMK'nın 166. maddesinin üç ve dördüncü fıkralarında sulhe davet etmenin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Çünkü hâkimin sulhe davet edebilmesi için ortak yaşamın devam edeceği hususunda bir kanaatinin olması gerekir⁸⁴. Oysaki 166 maddenin üçüncü fıkrasında zaten aile birliğinin temelinden sarsılmış olduğu karine olarak kabul edilmekte; 166 maddenin dördüncü fıkrasında ise fiilî terk yani boşanma davasının reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren üç yıl geçmiş olmasına rağmen aile birliğinin kurulamamış olması hali söz konusudur ki bu hâlde de aile birliğinin temelinden sarsılmış olduğu karine olarak kabul edilmektedir.

1.1.2.4.2. Usul Kuralları

Toplumun temeli aile olarak kabul edilmektedir ve aile hukukundan doğan uyuşmazlıklarda diğer uyuşmazlıklardan farklı usul ilkelerine bağlanmıştır⁸⁵. Boşanma davalarına ilişkin usul hükümleri tek bir kanunda düzenlenmemiş, farklı kanunlarda düzenlemelere yer verilmiştir. Bu hükümleri Türk Medeni Kanunu'nda, Ailenin Korunmasına Dair Kanunda ve AMKYUK'unda görmek mümkündür. Bunlara ilâve olarak, Türk Medeni Kanunu 184. maddesi ve AMKYUK'nun 7. maddesinde yer alan hükümler gereği HMK'nu hükümleri de uygulama alanı bulmaktadır⁸⁶.

TMK184. maddesinde “*Boşanmada yargılama, aşağıdaki kurallar saklı kalmak üzere Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa tâbidir*” hükmüne yer verilmiştir. Bu maddede, hâkimin davaların dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmesi, hâkimin bu olgular hakkında gerek re ‘sen, gerek istem üzerine taraflara yemin önerememesi, tarafların bu konudaki her türlü ikrarlarının hâkimi bağlamaması, hâkimin kanıtları serbestçe takdir etmesi, boşanma veya

⁸³ Aras (2007), s. 159.

⁸⁴ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.131.

⁸⁵ Ercan, İbrahim, HMK Çerçevesinde Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı – XII, Cilt 4, Sayı: 2, Yıl: 2014, s. 249.

⁸⁶ Ercan, s. 251

ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmaların hâkim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaması ve duruşmanın gizli yapılmasına ilişkin düzenlemelerine yer verilmiştir⁸⁷.

MK. 184'üncü maddenin ikinci fıkrasında yemine ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. Bu fıkra göre hâkim ne re 'sen nede tarafların talebi üzerine maddî vakaların gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda yemin teklifinde bulunamaz⁸⁸.

184. maddenin üçüncü fıkrasında ise tarafların maddî vakaların gerçekleşip gerçekleşmediği hususundaki ikrarına ilişkin düzenleme yapılmıştır. Buna göre de hâkim maddî vakaların gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda tarafların ikrarı ile bağlı değildir⁸⁹. Yani bir boşanma davasında davalı eş zina ettiğini, eşine kötü davrandığını suç işlediğini, eşinin hayatına kastettiğini, pek kötü veya onur kırıcı davranışta bulunduğunu veya haysiyetsiz hayat sürdüğünü kabul etmiş olsa dahi hâkim bunları bizatihi tespit etmediği sürece yapılan ikrarlara dayanarak hüküm kuramaz.

Bu hükümden anlaşıldığı üzere hâkimin karar verirken maddî vakalarının gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda vicdanen kanaat getirmesi gerekir⁹⁰. Davalı eşin, boşanma kararını verilebilmesi için Kanun'un aradığı vakaların gerçekleştiği hususunda kabulü söz konusu olsa dahi hâkim eşin bu ikrarı ile bağlı değildir. Hâkim kanıtları serbestçe takdir etmeli, vicdanen kanaat getirmeli ve bu kanaatini mahkeme kararında da belirtmelidir⁹¹.

Maddenin beşinci fıkrasında ise tarafların yapmış olduğu anlaşmaların akıbetine ilişkin bir kurala yer verilmiştir. Buna göre tarafların boşanmanın malî sonuçları ve çocuklara ilişkin konular hususunda yapmış olduğu anlaşmanın geçerliliği ancak hâkimin uygun bulması ile mümkün olacaktır⁹². Anlaşmalı boşanma hâlinde ise tarafların boşanma hususundaki ikrarı ile hâkim bağlıdır. Bunun ile kastedilen evlenme konusunda tarafların anlaşmış olmasıdır. Yoksa boşanmanın malî sonuçları ile çocuklara ilişkin hususlar yine hâkimin uygun bulmasına bağlıdır⁹³.

⁸⁷ Aras (2007), s. 162 vd.

⁸⁸ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 132; Ercan, s. 255

⁸⁹ Aras (2007), s. 165; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 132; Ercan, s. 255.

⁹⁰ Ercan, s. 255.

⁹¹ Aras, (2007), s. 165; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 132.

⁹² Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.132; Ercan, s. 255.

⁹³ Aras (2007), s. 166.

Boşanma davalarında önemli meselelerden biride hukuka aykırı yolla elde edilen delillere dayanılıp dayanılamayacağıdır. Kural olarak hukuka aykırı yoldan elde edilen delillere dayanılması yasaktır. Fakat boşanma davasının örneğin zinaya dayanması hâlinde hukuk kuralları hem zinanın ispatını istemekte, hem de özel hayatın gizliliğine müdahâle edilmesini yasaklamaktadır. Aynı yaklaşım boşanma davaları dolayısıyla istenen maddî ve manevî tazminat talepleri hâlinde de eşin kusurunun tespiti bakımından görülmektedir. Bu noktada Yargıtay'ın uygulaması genel olarak hukuka aykırı kabul edilen delillerin boşanma davalarında hukuka uygun olarak kabul edildiği yönündedir. Yargıtay böylece diğer tarafın bilgisi dışında ses ve görüntü kayıt cihazlarıyla kayıt almak suretiyle elde edilen delilleri hukuka uygun kabul etmektedir⁹⁴.

Eşlerin sosyal medya üzerinden yaptıkları yazışmalar, resim ve video paylaşımları içeriğine göre, sadakat yükümlülüğüne aykırı davranış, haysiyetsiz hayat sürme, hakaret ya da onur kırıcı davranış veya vaktinin tamamına yakınının sosyal medyada geçirmek suretiyle ailenin mutluluğunu birlikte sağlama yükümlülüğünün ihmali gibi nitelikler taşıyabilmektedir. Bunun sonucu olarak sosyal medya yoluyla yapılan paylaşımlarda, diğer delillerle desteklendiğinde takdiri delil olarak değerlendirilmektedir.

1.1.2.5. Dava Sırasında Alınacak Tedbirler

1.1.2.5.1. Barınma Ve Geçime İlişkin Alınacak Tedbirler

Boşanma veya ayrılık davası açıldığında eşlerin evlilikten doğan yükümlülükleri mahkemece boşanma kararı verilmesine kadar devam etmektedir⁹⁵. Boşanma veya ayrılık davasının açılmasından boşanma veya ayrılık kararının kesinleşmesine kadar geçerli olmak üzere TMK'nda belirtilen özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin tedbirlerin taraflarca mahkemeden talep edilmesi mümkündür⁹⁶. Talep edilmese dahi özellikle eşlere ve çocuklara ilişkin olan

⁹⁴ Çiftçi, Pınar, Boşanma Sisteminin Yargılamada Doğurduğu Temel Hak İhlalleri ve İspat Sorunlar, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16, Yıl: 2014, s. 1753.

⁹⁵ Köprülü/ Kaneti, s. 187; Velidedeoğlu, s. 248.

⁹⁶ Helvacı, Serap/ Erlüle, Fulya, Medeni Hukuk, -Medeni Hukuka Giriş, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku- 5. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, Yıl: 2018, s. 178; Oy, Osman, Boşanmanın Hukuki Neticeleri (Nafaka, Tazminat, Velayet, Mal Paylaşımı, Aile Konutu), Beta Basım Yayım, İstanbul, Yıl: 2008, s. 6; Köprülü/ Kaneti, s. 187; Akkaya (2017), s. 265; Ruhi (2013), s. 25; Pekmez, Cüneyt, Tedbir Nafakasına İlişkin Güncel Yargıtay Kararlarının İncelenmesi, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 1, Yıl: 2021, s. 144; Y2HD.,E. 2015/8849, K. 2015/23621, T. 09.12.2015; "Boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim, davanın

barınma, geçim ile anne ve babayla kurulacak kişisel ilişki bakımından gerekli tedbirleri hâkim re ‘sen alır’⁹⁷. Alınan bu tedbirler ayrılık veya boşanma kararının kesinleşmesine kadar geçerli olmak üzere verilir⁹⁸. Taraflarca bu kararlar için ancak kesin hükümle birlikte istinaf ve temyiz yoluna başvurulabilir⁹⁹. Fakat hâkim tarafından koşulların değiştiğinin tespit edilmesi hâlinde değiştirilmesi veya kaldırılması mümkündür¹⁰⁰.

TMK’nın 169. maddesinde örnek olarak sayılan hâkimin alacağı tedbirler eşlerin barınması ve geçimine ilişkin olanlar ve eşlerin mallarının yönetimine ilişkin olanlar ile çocukların bakım ve korunmasına ilişkin olanlar olarak belirtilmiştir¹⁰¹. Yasada alınacak tedbirlerin çeşitleri sınırlı sayıda belirtilmemiş sadece örnekleme olarak sayılmıştır (TMK m. 169). Yani davaya bakan hâkimin, sadece Kanunda belirtilen hallere ilişkin değil, gerekli gördüğü diğer hususlara ilişkin tedbirleride alması mümkündür¹⁰².

Eşler barınmaya ilişkin ihtiyaçlarını mülkiyeti kendilerine ait olmak üzere ya da kiralamak suretiyle karşılayabilirler¹⁰³. Fakat her nasıl olursa olsun mülkiyet eşlerden hangisine ait olursa olsun veya aile konutunu kim kiralamış olursa olsun¹⁰⁴; hâkim bunlara bakmaksızın evde hangisinin kalması uygun ise geçici olarak evi onun kullanımına tahsis edebilecektir¹⁰⁵. Yani hâkim burada mülkiyetin veya kira sözleşmesinin hangi eşe ait olduğundan ziyade konutu hangi eşin kullanmasının daha yararlı olacağı hususunda bir değerlendirme yaparak karar verecektir¹⁰⁶.

devamı süresince, gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına (TMK md.186/1), geçimine (TMK md.185/3), malların yönetimine (TMK md. 223, 242, 244, 262, 263, 264, 267, 215) ve çocukların bakım ve korunmasına (TMK md.185/2) ilişkin geçici önlemleri kendiliğinden (re’sen) almak zorundadır (TMK md.169). O hâlde; Türk Medeni Kanununun 185/3. ve 186/3. maddeleri uyarınca, tarafların ekonomik ve sosyal durumları da gözetilerek dava tarihinden geçerli olmak üzere davalı kadın yararına uygun miktarda tedbir nafakasına hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur”.

⁹⁷ Helvacı/ Erlüle, s. 178, Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 132; Pekmez, s. 144; YHGK. E. 2017/3102, K. 2018/46, T.17.01.2018, “...hâkimin, bu konuda bir talebin varlığını aramaksızın ...geçici önlemleri re’sen alması gerekir”.; Y2HD.,E. 2004/537, K. 2004/1471, T. 12.02.2004 “Boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince, gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, malların yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına geçici önlemleri kendiliğinden (resen) almak zorundadır”.

⁹⁸ Oy, s. 6; Köprülü/ Kaneti, s. 187; Velidedeoğlu, s. 248.

⁹⁹ Gençcan (2020), s. 1022.

¹⁰⁰ Gençcan (2020), s. 1027; Pekmez, s. 144.

¹⁰¹ Helvacı/ Erlüle, s. 178.

¹⁰² Ruhi (2013), s. 25.

¹⁰³ Y. HGK. E. 2017/3102, K. 2018/46, T.17.01.2018.

¹⁰⁴ Gençcan (2020), s. 1030.

¹⁰⁵ Köprülü/ Kaneti, s. 187.

¹⁰⁶ Helvacı/ Erlüles. 179; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 133; Gençcan (2020), s. 1030.

Boşanma ve ayrılık davasının açılmasından itibaren eşlerin her ne kadar ayrı yaşaması mümkün ve pratikte olan bir hal olsa da hukuken evliliklerinin devam ediyor olması dolayısı ile birbirlerine karşı olan malî yükümlülükleri de aynen devam etmektedir¹⁰⁷. Bu nedenle geçimini sağlamakta güçlük yaşayan eşe diğer eşin belirli bir katkı sağlaması gerekecektir. Davayı açan tarafın kim olduğuna bakılmaksızın sadece geçimini sağlamakta zorluk yaşayan eşe hâkim tarafından malî destek sağlanması hususunda da karar verilir. Bu nedenle boşanma ve ayrılık davası devam ederken tedbir nafakası öngörülmüştür¹⁰⁸.

Hâkim geçimini sağlamakta zorluk çeken bir eşin olup olmadığını, eşlerden herhangi birinin geçimini sağlamakta zorluk yaşıyor ise bu durumda da diğer eşin ne miktarda onun geçimine katkı sağlayacağını, eşlerin sosyal ve ekonomik durumlarını da değerlendirerek karar verecektir¹⁰⁹.

Tedbir nafakası dava açıldığı tarihten kararın kesinleşmesine kadar geçecek süreç için takdir edildiğinden hâkimin karar verdiği tarihten itibaren değil; davanın açıldığı tarihten itibaren geçerli olmak üzere geçmişe etkili olacaktır¹¹⁰. Davanın hangi aşamasında karar verilirse verilsin tedbir nafakası dava tarihinden başlar¹¹¹.

Tedbir nafakasına henüz dava devam ederken karar verildiği için tarafların kusurlu olup olmadığı ya da kusur dereceleri hakkında araştırma yapılmadan sadece ekonomik durumlarına göre karar verilmektedir¹¹². Lehine tedbir nafakasına karar verilecek tarafın kusurlu olması

¹⁰⁷ Pekmez, s. 144; Velidedeoğlu, s. 248.

¹⁰⁸ Doğan, İzzet, Türk Medeni Kanununun Düzenlemelerine Göre Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası, MHB, Cilt: 35, Sayı: 1, Yıl:2015, s. 63; Hamzaçebi, Mehmet, Türk Medeni Kanununa Göre Boşanma Ve Ayrılık Hallerinde Tedbir, Yoksulluk Ve İştirak Nafakası (Düzenleniş Biçimi, Mukayesesi, Uygulamadaki Yeri Ve Değeri), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 3-4, Yıl: 2002, s. 26; Y. HGK. E. 2017/3102, K. 2018/46, T.17.01.2018; Gençcan (2020), s. 1019; Pekmez, s. 144; Velidedeoğlu, s. 248.

¹⁰⁹ Köprülü/ Kaneti, s. 187; Oy, s. 5; Pekmez, s. 144; Velidedeoğlu, s. 249.

¹¹⁰ Doğan (2015), s. 63; Hamzaçebi, s. 27; Köprülü/ Kaneti, s. 187; Pekmez, s. 145; Velidedeoğlu, s. 248; Y. HGK. E. 2011/533, K. 2011/670, T.02.21.201, "...tarafların kusur durumu belirlenmediğine göre verilecek kararda kusur bir ölçüt olarak alınamayacağı gibi, sonuçta nihai karar verilirken kusur durumunun belirlenmiş olması da tedbir nafakasının kaldırılmasını ya da ödenenlerin geri istenmesini gerektirmez. Zira tarafların "kusur durumu" hiçbir şekilde tedbir nafakası takdirine etkili bir unsur değildir".

¹¹¹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.134; Pekmez, s. 145.

¹¹² Doğan (2015), s. 64; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 134; Gençcan (2020), s. 1019; Köprülü/ Kaneti, s. 187; Pekmez, s. 145; Velidedeoğlu, s. 248; Y. HGK. E. 2011/533, K. 2011/670, T.02.21.2011, "Ekonomik olarak yardıma ihtiyacı olan kişi sonuçta tam kusurlu kabul edilse bile boşanma davası kesinleşene kadar tedbir nafakası devam edeceğine ve verilen tedbir nafakası geri alınamayacağına göre tedbir nafakası ile tarafların kusuru arasında hukuki bir bağ olduğundan bahsedilemez". Y. HGK. E. 2017/1891, K. 2018/1577, T. 25.10.2018; "...Boşanma ve ayrılık davalarında, tarafların kusur durumu hiçbir şekilde tedbir nafakasının takdirine etkili bir unsur değildir. Kusurlu eş yararına dâhi, bu tedbirlerin alınması mümkündür. Yine, her iki tarafın da gelirinin bulunması tedbir nafakası verilmesini engelleyici bir hâl değildir. Ancak eşlerin ekonomik güçlerinin birbirine

kararın verilmesine engel değildir¹¹³. Tedbir nafakasının amacı evlilik sürecinde aile birliği ile sağlanmış sosyal ve ekonomik düzenin bozulması dolayısıyla tarafların dava sırasında geçimle ilgili yaşayabilecekleri sorunların giderilmeye çalışılmasıdır. Bu nedenle tedbir nafakasına karar verilirken Yargıtay’ın birçok kararında “*tarafların kusurluluğu değil ihtiyaçlarının karşılanıp karşılanmadığının*” dikkate alınması gerektiği yönünde kararlar verilmiştir¹¹⁴. Yargıtay’ın evlilik birliği devam ederken bir başkası ile birlikte karı koca gibi yaşayan eş lehine tedbir nafakası talebinin reddedilmesinin eşin bu kusurlu davranışı gerekçesiyle değil de “*iaşesinin beraber yaşadığı şahıs tarafından karşılanması*” gerekçesine dayandırmasının eşlerin evlilik birliği ile üstlendikleri özellikle sadakat yükümlülüğüne de hakkaniyete de aykırı olduğu kanaatindeyim.

Eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin alınan geçici tedbirlere ilişkin tarafların kusurlu olup olmadığı ya da kusur dereceleri araştırması yapılmadan karar verilmektedir. Örneğin haklı bir gerekçesi olmadan evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla eşini terk eden ve usulüne uygun olarak yapılan ihtara rağmen dönmeyen eşin geçim ve iâşe sorumluluğu terk edilen davacıya yüklenebilmektedir. Bu hâlde; aslında dava açmakta haklı olan eş dava süresince adalet duygusunu incitecek şekilde mahkemece takdir edilen malî yaptırımlara

yakın olması durumu söz konusu ise bu durumda geçici tedbir nafakası verme zorunluluğunun ortadan kalkacağı söylenebilir”.

¹¹³ Doğan (2015), s. 64; Gençcan (2020), s. 1023; Pekmez, s. 145; Y. HGK. E. 2011/533, K. 2011/670, T. 02.11.2011; “...tedbir nafakası takdirine ilişkin kararın, davanın açıldığı tarih itibariyle tarafların ekonomik sosyal durumlarına ilişkin araştırma sonuçlarının dosyaya gelişini takiben hemen verilmesi gerekir. Bu aşamada tarafların kusur durumu belirlenmediğine göre verilecek kararda kusur bir ölçüt olarak alınamayacağı gibi, sonuçta nihai karar verilirken kusur durumunun belirlenmiş olması da tedbir nafakasının kaldırılmasını ya da ödenenlerin geri istenmesini gerektirmez. Zira tarafların “kusur durumu” hiçbir şekilde tedbir nafakasının takdirine etkili bir unsur değildir”... Dahası Kanunda, hâkimin geçici bir önlem olarak tedbir nafakasına hükmedebilmesi için, tarafların kusurlu olup olmamaları bir unsur olarak yer almamakta; hangisinin daha az ya da çok kusurlu olduğunun belirlenmesi yönünde bir koşul da öngörülmemektedir... Bu nedenle, hâkimin kusur durumuna bakmaksızın davanın en başında bu geçici önlemi alması ve buna bağlı olarak da tarafların ekonomik ve sosyal durumlarını tespit edip, uygun ve geçici nitelikte bir nafaka takdir etmesi gerekir... Görülmektedir ki, bir tarafın kusurlu olması; onun lehine tedbir nafakası tayin edilmesine engel teşkil etmemektedir. Dolayısıyla, tedbir nafakası hâkimin kanun gereği, kendiliğinden alması gereken geçici bir önlem olup, tarafların kusurunun verilecek karar açısından bir önemi ve etkisi de yoktur... Ekonomik olarak yardıma ihtiyacı olan kişi sonuçta tam kusurlu kabul edilse bile boşanma davası kesinleşene kadar tedbir nafakası devam edeceğine ve verilen tedbir nafakası geri alınamayacağına göre tedbir nafakası ile tarafların kusuru arasında hukuki bir bağ olduğundan bahsedilemez”. Y. HGK. E. 2017/1891, K. 2018/1577, T. 25.10.2018; “...Boşanma ve ayrılık davalarında, tarafların kusur durumu hiçbir şekilde tedbir nafakasının takdirine etkili bir unsur değildir. Kusurlu eş yararına dâhi, bu tedbirlerin alınması mümkündür. Yine, her iki tarafın da gelirin bulunması tedbir nafakası verilmesini engelleyici bir hâl değildir. Ancak eşlerin ekonomik güçlerinin birbirine yakın olması durumu söz konusu ise bu durumda geçici tedbir nafakası verme zorunluluğunun ortadan kalkacağı söylenebilir”.

¹¹⁴ Gençcan (2020), s. 1024; Y2HD.,E. 2009/21018, K. 2010/526, T. 14.01.2010; “Davalı-davacının iâşesinin beraber yaşadığı şahıs tarafından karşılandığı gözetilmeksizin, davalı yararına tedbir nafakası takdir edilmesi de isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir”.

katlanmak zorunda kalabilmektedir. Dava süresinin uzunluğu mağduriyetin ağırlığını daha da artırmaktadır. Dolayısıyla aile birliği ile sağlanmış sosyal ve ekonomik düzeni kendi kusurlu davranışları ile bozan eş hakkında takdir edilmiş tedbir nafakasının, kusurlu olduğunun tespit edildiği andan itibaren kesilmesi yönünde Kanunda yapılacak değişikliğin tedbir nafakasının amacına daha uygun olduğu kanaatindeyim.

Ayrıca kusurlu eş lehine takdir edilmiş olması hâlinde, ödenen tedbir nafakasının mal rejiminin tasfiyesinde dikkate alınarak sağlanan ekonomik katkıların kusurlu eşin artık değerdeki payından indirilmesi, artık değerdeki paydan indirilmesi mümkün olmadığı takdirde nafaka yükümlüsüne dava ve icra takibi yapma hakkı tanıyan düzenleme yapılması hakkaniyete ve adalet duygusuna daha uygun olacaktır. Böylece kimsenin kendi eylemine ve tamamen kendi kusuruna dayanarak bir hak elde edemeyeceği yönündeki temel hukuk ilkesine de uygun davranılmış olacağı kanaatindeyim.

Edinilmiş mallara katılma rejimini düzenleyen (TMK md. 236/2) ve paylaşımlı mal ayrılığına ilişkin hükümlerde (TMK md. 252) *“Zina veya hayata kast nedeniyle boşanma hâlinde hâkim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir”* denilmektedir. Kanun hükümlerinde belirtilen indirimin bahsi geçen kusurlu davranışlar hâlinde kusurlu eşe ödenmiş tedbir nafakası ve sağlanan ekonomik katkılar içinde uygulanmasının mümkün ve bu Kanun hükümleriyle uyumlu olacağı kanaatindeyim.

Ayrıca yoksulluk nafakasına karar verilirken dahi lehine nafakaya hükmedilecek eşin *“kusuru daha ağır olmamak koşuluyla”* (TMK md. 175/1) demek suretiyle diğerinden daha fazla kusurlu olmaması koşulu aranmaktadır. TMK md. 175/2 de *“evlenme olmaksızın evli gibi yaşamak”* halinde yoksulluk nafakasının kaldırılacağı düzenlenmiştir. Yargıtay’ın yoksulluk nafakasına ilişkin kararlarında da evlilik boşanma ile sona ermiş olmasına rağmen eşin bir başkasıyla birlikte yaşaması yoksulluk nafakasının kaldırılmasına gerekçe kabul edilmektedir¹¹⁵. Tedbir nafakasında da lehine tedbir nafakasına hükmedilen tarafın, boşanmaya sebep olan -zinası, eşinin canına kast etmesi, haysiyetsiz hayat sürmesi veya geçerli bir sebep yokken eşini terk etmesi gibi- kusurlu eylemleri dolayısıyla belirttiğimiz şekilde kusurlu eşin

¹¹⁵ **Y2HD.,E. 2015/15309, K. 2016/6985, T. 06.04.2016;** *“...davacı kadının, davanın devamı sırasında bir başkası ile gayri resmi şekilde birlikte olduğu ve halen o kişiyle yaşadığı anlaşılmaktadır. Davacının evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması irat şeklinde verilen yoksulluk nafakasının kaldırılması sebebidir”*.

artık değerdeki payından indirilmesi ile yoksulluk nafakası ile güdülen sosyal amaçla da paralellik sağlanmış olacaktır kanaatindeyim.

1.1.2.5.2. Malî İlişkilere İlişkin Alınacak Tedbirler

Eğer eşler anlaşmak suretiyle mal ayrılığına karar vermişler ise hâkimin bu durumda eşlerin mallarına ilişkin bir karar vermesi gerekmeyecektir. Eşlerin arasında mal ayrılığına ilişkin böyle bir anlaşma yok ise, eşlerin mallarına ilişkisinde hâkimin dava sonuçlanana kadar karar vermesi gerekir¹¹⁶.

1.1.2.5.3. Çocuklara İlişkin Alınacak Tedbirler

Boşanma davaları devam ederken ve sonrasında, çocuklarla ilgili konularda karar verilirken hâkim her ne kadar tarafları dinleyecek ise de tarafların talepleri ve anlaşmaları ile bağlı değildir¹¹⁷. Tarafların kendileri ile ilgili konularda anlaşmaları hatta taleplerinden feragat etmeleri mümkündür¹¹⁸. Çocuklarla ilgili konularda irade serbestisi çerçevesinde karar verilemez. Hâkim çocuklarla ilgili konularda re ‘sen hareket eder. Çocuk lehine hükmedilen tedbir nafakası da kamu düzenindendir ve velâyet kendisine verilen tarafça çocuğun menfaatlerine aykırı olarak feragat edilmesi mümkün değildir. Çocuğun velâyeti, çocukla kişisel görüşme hakkı ve nafakanın düzenlenmesi hususunda kendi diledikleri şekilde tasarrufta bulunmaları mümkün değildir. Anne ve baba bu konuda çocuklar hakkında irade serbestisine sahip değildir. Önemli olan çocuğun fiziksel, psikolojik, zihinsel, ahlâki ve toplumsal yönden sağlıklı gelişiminin sağlanmasıdır. Hâkim çocuğun çıkarlarını dikkate alarak gerekli tedbirleri re ‘sen alır¹¹⁹.

Hâkim eşler ve çocuklar arasında ilişkilere ilişkin ve çocukların velâyeti ile velâyet kendisine verilmeyen eşin çocukların gelişimine dava süresince nasıl katkı sağlayacağını da karara baęlar¹²⁰. Fakat hâkimin velâyetle ilişkin karar verebilmesi için velâyetin kaldırılmasını

¹¹⁶ **Helvacı/ Erlüle**, s. 178.

¹¹⁷ **Akkaya, Tolga**, Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 4, Yıl: 2014, s. 29.

¹¹⁸ **Atar, Eray Aksın**, Nafakadan Feragat, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 3, Yıl: 2016, s. 257.

¹¹⁹ **Akkaya (2014)**, s. 27.

¹²⁰ **Köprülü/ Kaneti**, s. 188, **Velidedeoğlu**, s. 250, **Yarg.2.H.D., E. 2012/22494, K. 2013/8674, T. 28.03.2013**, “Boşanma veya ayrılık davası açılınca, hâkim davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin

gerektirecek bir halin varlığı gerekir. Aksi takdirde velâyet eşler açısından aynen önceki gibi devam eder¹²¹.

1.1.2.6. Ayrılığa Karar Verilmesi Ve Ayrılık Kararının Sonuçları

1.1.2.6.1. Ayrılığa Karar Verilmesi

Boşanma kararı ile toplumun temel taşı olan aile birliği ortadan kaldırılırken, ayrılık kararında aile birliğinin ortadan kaldırılmasından ziyade evlilik birliğinden doğan hukuki durumun gevşetilmesi hali vardır¹²². Boşanma davasında açılan boşanma davasının sebebinin kanıtlanamaması hâlinde hâkim davanın reddine karar verecektir¹²³. Boşanma sebebi ispatlanmış ise hâkim boşanmaya veya ayrılığa karar verebilir¹²⁴. Boşanma talebiyle açılan davada hâkim ortak hayatın yeniden kurulma olasılığı olup olmadığını araştıracaktır¹²⁵. Ortak hayatın yeniden kurulma olasılığı varsa hâkim boşanmaya değil ayrılığa karar verebilir¹²⁶.

Boşanmanın koşulları oluşmuş olsa dahi eşler boşanma davası açmak zorunda olmayıp ayrılık talebinde de bulunabilirler¹²⁷. Dava yalnız ayrılık talebiyle açıldığı takdirde boşanmaya ilişkin koşullar oluşmasına rağmen hâkim boşanmaya karar veremez¹²⁸. Hâkimin takdir hakkı burada sınırlandırılmıştır. Boşanma koşullarının oluşması hâlinde sadece ve sadece ayrılığa hükmedebilir¹²⁹. Çünkü eşlerin bu hâlde dahi evlilik birliğinin yeniden sağlanabileceği hususunda zımni kabulleri vardır.

barınmasına, geçimine, mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri bu hususta talep olmadığına bakmaksızın re'sen almak zorundadır. (TMK md. 169). Bu yasal zorunluluk gereği, aksi yönde bir beyan bulunmadıkça dava tarihinden geçerli olmak üzere davalı eş ve yanında bulunan müşterek çocuk için tedbir nafakasına hükmedilmesi gerekir”.

¹²¹ Helvacı/ Erlüle, s. 178; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 134.

¹²² Berki (1942), s. 101.

¹²³ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 135.

¹²⁴ Aras (2011), s. 254.

¹²⁵ Berki (1975), s. 148; Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona, Aile Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul, Yıl: 1993, s. 210; Velidedeoğlu, s. 239.

¹²⁶ Aras (2011), s. 254; Berki (1975), s. 148; Velidedeoğlu, s. 239.

¹²⁷ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.135.

¹²⁸ Hatemi/ Serozan s.210; Velidedeoğlu, s. 239; Yarg.2.H.D., E. 2004/180, K. 2004/743, T. 22.01.2004, “Ayrılığa karar verilebilmesi için boşanma sebebinin gerçekleşmesi ve fakat ortak hayatın yeniden kurulması olasılığının bulunması (TMK. m.170) gerekir”.

¹²⁹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.135; Velidedeoğlu, s. 239.

Hâkim ayrılığa hükmetmişse tekrar ayrılığa hükmedemez¹³⁰. Anlaşmalı boşanma ve ortak hayatın yeniden kurulamaması nedeniyle boşanma davası açılması hâlinde evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı karine olarak kabul edildiği için; hâkim ayrılığa hükmedemez¹³¹.

Dava taraflarının hukuk terminolojisine hâkim olamayacağı düşünüldüğünde “boşanma” ve “ayrılık” kavramlarının farklı neticeler doğuracağını anlamadan taleplerini sunmaları mümkündür. Özellikle talebin ayrılık olması hâlinde, tarafın dilekçede kullandığı “ayrılık” ibaresinin bazı durumlarda açıklatılmasına ihtiyaç duyulabilir. Özellikle hukuki yardım almayan davacı tarafın, ayrılmak ile kastının boşanma olduğunun dilekçe içeriğinden anlaşılması hâlinde, HMK hükümleri çerçevesinde dilekçe içeriğinin açıklanmasının davacıdan istenilebileceği kanaatindeyim. Bu surette hem hukuki işlemlerde tarafların gerçek iradesinin esas alınmasını gerektiren yorum prensibi ile uyumlu, hem de usuli manada gerçek talebin belirlenmesi prensiplerinin örtüştüğü bir çözüme ulaşılabilecektir.

1.1.2.6.2. Ayrılık Kararının Sonuçları

Dava açma hakkı olan eş ister boşanma davası açmış olsun isterse ayrılık talebinde bulunmuş olsun hâkimin ayrılığa hükmetmesi hâlinde, ayrılık süresini de hükmünde belirtmek zorundadır. Ayrılık süresi bir yıl ile üç yıl arasında takdir edilir ve ayrılık süresi kararın kesinleştiği tarihte işlemeye başlar¹³².

Boşanma davası açan eş, evlilik müessesesinin gerekleri ve boşanmanın sonuçları bakımından içinde bulunduğu fiziki koşullar nedeniyle sıhhatli karar veremeyecek durumda olabilir. Bunun için mevcut koşullardan belirli bir süre uzaklaşması, menfaatlerini değerlendirmek ve daha sıhhatli karar vermek bakımından kendisine bir imkân sağlar. Nitekim sosyal çevremizde, çok sık tesadüf edilmemekle birlikte, boşanan kişilerin bazen yeniden evlendiği müşahade edilmektedir. Boşanan eşlerin bir süre sonra tekrar evlenmesindeki neden, değişen koşullar çerçevesinde menfaatlerini daha sağlıklı şekilde takdir edebilmeleridir. Ayrılığın bu manada eşlere belirli bir soğuma süresi sonrasında sıhhatli karar verme işlevine sahip olduğu kabul edilmelidir. Ancak bir ile üç yıl arasında verilebilecek ayrılık süresinin,

¹³⁰ Hatemi/ Serozan, s. 214.

¹³¹ Hatemi/ Serozan, s. 214.

¹³² Aras (2011), s. 255.

günümüz koşullarında nispeten uzun bir süre olduğunun kabulü gerekir. Özellikle üç yıllık ayrılık kararı, kişilere sosyal, ekonomik ve şahsi açıdan zarar verebilecek yasal bir vasıtaya dönüşebilecektir. Boşanma hükmünün amacı eşlerin cezalandırılması değil; evlilik birliği sağlıklı bir şekilde yürümediği için sonlandırılarak, eşlere yeni bir hayat kurma olanağı sağlamaktır. Bir çekişmeli boşanma davasının açılmasından kesinleşmesine kadar geçen ortalama beş, altı yıllık sürede dikkate alındığında, üç yılda ayrılık ile geçmesi yeni bir hayat kurabilmenin önünde önemli bir zaman sorunu oluşturur. Mesela bu süre zarfında yeniden evlenebilme olanağının ya da çocuk yapabilme.... gibi kabiliyetlerin yitirilmesi söz konusu olabilir.

Keza evliliğin devam ediyor oluşu, kişiye belirli yükümlülükler yüklemeye devam etmektedir. Ayrılık kararının, “zihni açıdan sağlıklı karar verebilmek için soğuma süresi işlevini” haiz olduğunu düşündüğümüzden, sürenin başkaca işlevler, özellikle eşlere zarar verebilecek bir işleve dönüşecek şekilde kullanılmaması gerektiği inancındayız. Bunun gerçekleşmesi için de ayrılık süresinin altı ay-bir yıl gibi bir süreyle kısıtlanması daha isabetli olacaktır. Altı aylık süre, özellikle terk ile uyumlu olması münasebetiyle kişilerin sıhhatli karar verebilmesi için asgari süreyi kabulde hareket noktası olarak benimsenebilir. Bir yıllık süre ise anlaşmalı boşanma süresinden hareketle benimsenebilecek bir süredir. Madem eşlerin anlaşarak boşanabilmesi için en az bir yıl süreyle birbirlerini tanımaları yeterli görülmekte, ayrılık için düşünme süresi de bu konuda Kanunun yeterli kabul ettiği süreden fazla olmamalıdır.

Ayrılık hâlinde hâkim tarafından ortak hayatın yeniden kurulabilme olasılığı mümkün görüldüğü için evlilik birliği sona ermemiş; sadece geçici bir süre için tatil edilmiştir. Ayrılık hâlinde evlilik birliği hâlen devam ettiği için bu süre içerisinde eşlerin aile birliğinden doğan yükümlülükleri de devam etmektedir¹³³.

Ayrılık süresi içerisinde eşlerin birbirlerine karşı olan sadakat yükümlülükleri, kadının eşinin soyadını taşımaya devam etmesi gibi hususlarda bir değişiklik söz konusu değildir¹³⁴. Dolayısıyla eşlerin sadakat yükümlülüğü devam ettiği için ayrılığın devam ettiği süre içerisinde eşlerden birinin bir başkası ile cinsi birlikteliği zina olarak nitelendirilecektir¹³⁵.

¹³³ Aras (2011), s. 254, Velidedeoğlu, s. 246.

¹³⁴ Aras (2011), s. 254.

¹³⁵ Berki (1975), s. 139.

Ayrılık süresi içerisinde kadın çocuk doğurur ise doğan çocuk evlilik birliği içerisinde doğmuş kabul edilecek yani çocuk ile kadının hâlen resmî eşi arasında nesep bağı kurulacaktır. Ayrılığa hükmedilmiş olması eşler açısından ayrı yaşama hakkı, bazen de zorunluluğu doğurduğu için ayrılık hâlinde geçen bu sürede eşler birbirini terk etmiş olarak nitelendirilemez¹³⁶. Yine ayrılık süresi içerisinde eşlerin bakım ve iâşesinin sağlanması bakımından tedbir nafakasına hükmedebilir¹³⁷.

Ayrılık süresi boyunca geçerli olmak üzere hâkimin eşlerin sahip oldukları malların kullanılması ve yönetilmesi hususunda da karar vermesi gerekir. “*Ayrılığa karar verilirse mahkeme, ayrılığın süresine ve eşlerin durumlarına göre aralarında sözleşmeyle kabul edilmiş olan mal rejiminin kaldırılmasına karar verebilir*” (md.180). Bu hükme göre eşler edinilmiş mallara katılma rejimi dışında bir mal rejimi kabul etmişler ise bu mal rejiminin mahkeme tarafından kaldırılmasına karar verilebileceği anlaşılmaktadır. Karı kocanın kabul ettiği mal rejiminin kaldırılması hâlinde edinilmiş mallara katılma rejimi uygulanacaktır¹³⁸.

Ayrılık kararı için bir ile üç yıl süre öngörülmesi, hâkimin bu kararı verebilmesi için geçecek dava süresi de değerlendirildiğinde edinilmiş mallara katılma rejiminin adil sonuçlar vermeyeceği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bu görüşe göre geçecek bu uzun süre içerisinde edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması ile diğer eş kazanılmasında hiçbir katkısının olmadığı mal varlığı üzerinde hak sahibi olacaktır. Boşanma davasının açılmasından ayrılık kararı verilmesine ve ayrılık kararı verilmesinden ayrılığın sona ermesine kadar geçecek süre içerisinde kazanılmasında hiçbir katkısı olmayan eşin, kazanılan malvarlığı üzerinde hak sahibi olması haksızlığa sebep olacağından edinilmiş mallara katılma rejimi yerine mal ayrılığı rejiminin uygulanmasının daha yerinde olacağı ileri sürülmektedir¹³⁹.

1.1.2.6.3. Ayrılık Süresinin Sona Ermesinin Sonuçları

Mahkeme kararında ayrılık için öngörülen sürenin dolması¹⁴⁰ ya da eşlerin tekrar ortak hayatı kurmaları, evliliğin hükümsüzlüğüne karar verilmesi, ölüm ve cinsiyet değişikliği gibi evliliği sona erdiren diğer hallerden birinin gerçekleşmesi ile ayrılık sona erer.

¹³⁶ Köprülü/ Kaneti, s. 180.

¹³⁷ Aras (2011), s. 254; Doğan (2015), s. 63.

¹³⁸ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.136.

¹³⁹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.136.

¹⁴⁰ Köprülü/ Kaneti, s. 180.

Ayrılık süresinin sona ermesi hâlinde eşler yeniden ortak hayatı kurma yönünde iradelerini ortaya koyarlar ise zaten geçerli bir evlilik söz konusu olduğu için evlilik açısından herhangi bir işleme gerek olmayacaktır¹⁴¹. Fakat ayrılık süresinin dolmasına rağmen eşler ortak yaşamı hâlen kuramıyor iseler eşlerden her biri boşanma davası açma hakkına sahiptir¹⁴². Dava açılması hâlinde ayrılığa karar verilen davada ispat edilen olaylar ve ayrılık süresince meydana gelen olaylar bu davada dikkate alınacaktır. Hem ayrılığa sebep olan davranışları gerçekleştiren eş hem de diğer eş boşanma davası açma hakkına sahiptir¹⁴³.

Ayrılık süresi içerisinde eşlerden birinin gerçekleştirdiği davranışların Kanunda öngörülen bir başka boşanma sebebini oluşturması hâlinde bu sebebe bağlı olarak da eşler ayrıca boşanma davası açma hakkına sahiptirler¹⁴⁴.

1.2. Evlenme Engelleri

Aralarında evlenme engeli bulunmayan ayrı cinsiyetten iki insanın evlenmek niyetiyle ve evlenmenin hukuki düzenlemeler de belirtilen esas ve usullerine uymak kaydıyla bir araya gelmeleri evlenmedir. Dolayısıyla ayrı cinsten iki kişinin ortak yaşam kurma niyeti ile birlikte yaşaması evlilik olarak nitelendirilemez. Ancak Kanunda öngörülen nitelikleri taşıması hâlinde birlikte yaşamak evliliktir¹⁴⁵. Kanunda evliliğe ilişkin öngörülen hak ve yükümlülükler yine ancak evlilik için aranan nitelikleri taşıması hâlinde doğarlar.

Evlenme koşullarından hepsi evlilik birliği üzerinde aynı derecede etkiye sahip değildir. Bu koşullarından bazılarının eksikliği hâlinde evlilik birliğinin hiç var olmadığı kabul edilirken, bazılarında evlilik var ama kesin olarak iptali gereken nitelikte, bazı hallerde ise hükümsüzlüğü isteme hakkı sadece -eksik koşul kendi hukuk alanında meydana gelmiş- taraflarca istenebilir nitelikte kabul edilmektedir. Bazı koşulların eksikliği ise evlilik üzerinde hiçbir etki meydana getirmezler¹⁴⁶. Bu nedenle evlenmeden önce ya da evlenme töreni sırasında mevcut hâllerin tamamı değil; bazıları evlenmenin iptaline sebep olabilir¹⁴⁷. Boşanma genel olarak evlenmeden

¹⁴¹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 137.

¹⁴² Berki (1975), s. 148.

¹⁴³ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 137.

¹⁴⁴ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 137.

¹⁴⁵ Gençcan, Ömer Uğur, Evlilik Hukuku, Yetkin Yayıncılık, (2011), s. 363.

¹⁴⁶ Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 272.

¹⁴⁷ Köprülü/ Kanetlî, s. 155.

sonra meydana gelen sebeplere dayanılarak istenebilirken, evliliğin iptali sebebi evlenmeden önce veya evlenme sırasında mevcut sebeplere dayandırılabilir¹⁴⁸.

Borçlar hukukunda ki sürekli edimli sözleşmelerden farklı olarak¹⁴⁹; evlilik hakkında süre öngörülmesi kanuna ve ahlâka aykırı kabul edilmektedir. Bu nedenle, eşlerin evlilik öncesinde veya evlenme sırasında kendi aralarında evliliğin süreyle kısıtlanmasını öngören herhangi bir koşul getirmeleri ve buna dayanarak evlenmenin iptali veya hükümsüzlüğünü isteyebilme olanakları yoktur¹⁵⁰.

Borçlar hukukunda ki sürekli edimli sözleşmelerde haklı nedenle fesih mümkün iken; evlenmenin her iki eşinde kişilik alanını ilgilendirmesi dolayısıyla bozucu yenilik doğuran bir hak şeklinde kullanılması da mümkün değildir¹⁵¹.

Evlenmeye ilişkin maddî veya şekli unsurların biri veya birkaçının olmaması yaptırımı birbirinden farklı hükümsüzlüklere sebep olur¹⁵². Örneğin evliliğin aynı cinsiyetten kişiler arasında yapılması, evlendirmeye yetkili olmayan kişiler huzurunda yapılması ya da evlenecek kişilerin birlikte, aynı zamanda ve aynı yerde iradelerini açıklamamış olmaları, evlenecek kişilerden birinin zaten evli olması, ayırt etme gücünden sürekli bir şekilde yoksun olması, evlenmeye engel derecede akıl hastalığının bulunması veya evlenecek kişiler arasında evlenmeyi yasaklayan derecede akrabalık bağının olması gibi haller evlenmenin yokluk, mutlak butlan veya nisbi butlan ile sakatlanmasına sebep olurlar.

Bunlardan evliliğin aynı cinsiyetten kişiler arasında yapılması, evlendirmeye yetkili olmayan kişiler huzurunda evliliğin yapılmış olması ya da evlenecek kişilerin birlikte, aynı zamanda ve aynı yerde iradelerini açıklamamış olmaları kurulduğu varsayılan evliliğin yokluk ile sakatlanmasına sebep olur¹⁵³.

¹⁴⁸ Velidedeoğlu, s. 280.

¹⁴⁹ Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 281, "Evlenmeyi bir medeni Hukuk akdi ve bu itibarla da özel şekil ve merasime bağlı bir hukuki muamele olarak düşündüğümüzde göre; Borçlar Kanununda akitlerin iptali ve feshi hakkındaki genel kuralların evliliğin iptalinde ve feshinde de uygulanması gerektiği düşünülebilir. Ancak evlenmenin diğer akitlere göre önemini göz önüne alan Kanun Koyucu bu hususları ayrı kurallara bağlanmış ve evlenmenin butlanı ve feshi sebeplerini ayrı ayrı tespit ederek bunlara Borçlar Kanununda ki genel hükümlerden -birçok bakımdan- farklı sonuçlar bağlanmıştır".

¹⁵⁰ Hatemi/ Serozan, s. 203.

¹⁵¹ Hatemi/ Serozan, s. 209.

¹⁵² Gençcan (2011), s. 363; Kayıhan/ Ünlütepe, s. 274.

¹⁵³ Köprülü/ Kaneti, s. 99.

Evlenecek kişilerden birinin zaten evli olması, ayırt etme gücünden sürekli bir şekilde yoksun olması, evlenmeye engel derecede akıl hastalığının bulunması, evlenecek kişiler arasında evlenmeyi yasaklayan derecede akrabalık bağının olması hâlinde mutlak butlan söz konusu olur¹⁵⁴.

Ayırt etme gücünden geçici yoksunluk (md.148), yanıltma (md.149), aldatma (md.150), korkutma (md.151) ya da küçük veya kısıtlının yasal temsilcisinin izni olmaksızın evlenmesi (md.152) nisbi butlan sebebidir¹⁵⁵.

Evliliği bir şekilde sona ermiş kadının kanunda öngörülen bekleme süresine uymadan tekrar evlenmesi (md.152) veya yetkili makamlarca belirtilen bulaşıcı hastalık taşımalarına rağmen evlilik bağının yine de kurulması halleri kanunda evlenme engeli olarak belirtilmiştir¹⁵⁶. Buna rağmen evlilik bağının kurulması veya yine evlendirmeye yetkili memur önünde yapılan evliliğin kanunda aranan diğer şekil koşullarına uymaması (md.155) bir hükümsüzlük sebebi olarak öngörülmemiştir. Hükümsüzlük sebepleri birbirinden farklı olduğu gibi sonuçları da birbirinden farklıdır.

1.2.1. Yokluk

1.2.1.1. Genel Olarak

4271 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda yokluğa ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Mutlak ve nisbi butlan sebepleri ise tüketici şekilde sayılarak¹⁵⁷ belirtilmiştir. Mutlak ve nisbi butlan dışında kalan ve evliliğin kurulabilmesi için olmazsa olmaz unsurlardan birinin eksikliği yokluk olarak nitelendirilmektedir¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 276.

¹⁵⁵ Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 277.

¹⁵⁶ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.101.

¹⁵⁷ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.101.

¹⁵⁸ Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 272.

Butlan hâlinde kanunda evliliğe ilişkin aranan koşulların bulunmamasına rağmen ortada bir evlilik vardır¹⁵⁹. Fakat yokluk hâlinde evlilik birliği hiç kurulmamıştır¹⁶⁰. Yani gerçekte bir evlilik yoktur¹⁶¹.

1.2.1.2. Yokluk Sebepleri

Evlilik için aranan en temel koşullardan olan ve ne mutlak butlan ne de nisbi butlan hükümleri içerisinde de sayılmayan aynı cinsiyetten insanların evlenme iradesi ile bir araya gelmesi, evlendirmeye yetkili olan kişiler huzurunda evlilik iradelerinin açıklanmamış olması ya da evlenecek kişilerin aynı an ve aynı yerde evlenme iradelerini bizzat açıklamamış olmaları yokluk yaptırımına tabi sakatlıklardır¹⁶².

1.2.1.2.1. Aynı Cinsiyetten İnsanların Evlenme İradesi İle Bir Araya Gelmesi

Türk Medeni Kanun'unun evlenme ehliyeti ve engelleri başlığı altında düzenlenen 124. maddesinde “*erkek veya kadın on yedi yaşını doldurmadıkça evlenemez*” diye devam eden hüküm de açıkça evleneceklerin erkek ve kadın olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla aynı cinsten kişilerin yaptığı evlilik yok hükmünde sayılmıştır. Türk vatandaşı olan erkek ve kadının veya bir Türk vatandaşı ile bir yabancı, bulundukları ülkenin evlendirmeye yetkili makamları huzurunda evlenebilmeleri de mümkündür. Fakat yurt dışında yapılan bir evlenmenin geçerli olması Türk Medeni Kanunu hükümlerine uygun olmasına bağlıdır. Bu nedenle aynı cinsten kişilerin evlenmesine izin veren bir ülkede yapılan evlilikler hukukumuz açısından geçerlilik kazanamayacak; yine yok hükmünde sayılacaktır.

¹⁵⁹ Köprülü/ Kaneti, s. 100; Kayihan/ Ünlütepe, s. 275; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 272.

¹⁶⁰ Çörtoğlu Koca, s. 211; Velidedeoğlu, s. 281; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 272.

¹⁶¹ Çörtoğlu Koca, s. 211; Y.HGK.,E. 2017/2294, K. 2020/671, T. 23.09.2020; “Evlenme, Türk Medeni Kanunu açısından karşı cinsten iki insanın evlendirmeye yetkili memur önünde karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını açıklaması ile oluşur (TMK m.142). Hukuken geçerli bir evliliğin kurulması için kanunda düzenlenen koşullara uygun davranılması gerekir. Bu koşullardan birinin veya birkaçının eksik olması hâlinde evlilik hukuken geçersiz sayılacaktır. Evliliğin kurucu unsurları olarak sayılan “evlenmenin ayrı cinsten kişiler arasında yapılmış olması”, “evlendirme memuru önünde yapılması”, “ tarafların karşılıklı ve sözlü iradelerini açıklamaları” hususlarından birinin gerçekleşmemesi hâlinde evlilik hiç gerçekleşmemiş gibi sonuç doğuracaktır. Başka bir anlatımla evlenmenin yokluğu söz konusu olacaktır. Yoklukla sakat olan bir evlenme aradan ne kadar süre geçerse geçsin düzelmeyeceği gibi, evlenmenin nüfus kayıtlarına işlenmesi de sonucu değiştirmeyecektir”.

¹⁶² Gençcan (2011), s. 364, Köprülü/ Kaneti, s. 99; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 274; Y.HGK.,E. 2017/2294, K. 2020/671, T. 23.09.2020; “Evliliğin kurucu unsurları olarak sayılan “evlenmenin ayrı cinsten kişiler arasında yapılmış olması”, “evlendirme memuru önünde yapılması”, “ tarafların karşılıklı ve sözlü iradelerini açıklamaları” hususlarından birinin gerçekleşmemesi hâlinde evlilik hiç gerçekleşmemiş gibi sonuç doğuracaktır. Başka bir anlatımla evlenmenin yokluğu söz konusu olacaktır. Yoklukla sakat olan bir evlenme aradan ne kadar süre geçerse geçsin düzelmeyeceği gibi, evlenmenin nüfus kayıtlarına işlenmesi de sonucu değiştirmeyecektir”.

1.2.1.2.2.Evlendirmeye Yetkili Olan Kişiler Huzurunda Evlilik İradelerinin Açıklanmamış Olması

Evlenme töreninin şekline ilişkin 142. maddede de “evlendirme memuru, evleneceklerden her birine birbiriyle evlenmek isteyip istemediklerini sorar. Evlenme, tarafların olumlu sözlü cevaplarını verdikleri anda oluşur. Memur, evlenmenin tarafların karşılıklı rızası ile kanuna uygun olarak yapılmış olduğunu açıklar” hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümden de anlaşıldığı üzere evlenmenin meydana gelebilmesi için evlenme töreninin evlendirme memuru önünde yapılmasına bağlıdır. Dolayısıyla bu unsurları taşımayan bir evlilikten bahsedilemez. Yani bu unsurları taşımayan hallerde evlilik yoktur¹⁶³.

Müftülükler de verilen yetki ile resmî nikâh kıyma yetkisine sahip olmuştur. Dolayısıyla artık müftülük huzurunda yapılan evlenmeye ilişkin irade açıklaması geçerli bir evlilik olarak değerlendirilir.

Resmî evlendirmeye yetkili makam önünde olmaksızın birbirlerine evlenme iradesini açıklayan kadın ve erkek arasında evlenme kurulmamıştır¹⁶⁴. Hatta resmî makam önünde fakat evlendirmeye yetkili makam önünde olmayan irade açıklamaları da evliliğin kurulmasını sağlamaz. Dolayısıyla evlilik yok hükmündedir¹⁶⁵. Bu durum olsa olsa bu nişanlılık olarak ifade edilebilir.

1.2.1.2.3. Evlenecek Kişilerin Aynı An Ve Aynı Yerde Evlenme İradelerini Bizzat Açıklamamış Olmaları

Evlenecek kadın ve erkek tören sırasında bir arada hazır bulunup, sözlü olarak olumlu cevap vermelidir. Kadın ve erkeğin evlendirmeye yetkili kişi önünde hazır bulunmasından aynı anda aynı yerde bizzat hazır bulunmaları anlaşılır¹⁶⁶. Aynı yerde ve aynı zamanda bir arada bulunmaksızın herhangi bir iletişim aracı ile evlenme iradesinin açıklanması, gerekli koşulu sağlamaz. Evlenme şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için temsilci vasıtasıyla irade açıklanması da mümkün değildir¹⁶⁷.

¹⁶³ Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 234.

¹⁶⁴ Gençcan (2011), s. 368, Köprülü/ Kaneti, s. 99; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 234.

¹⁶⁵ Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 275.

¹⁶⁶ Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 234.

¹⁶⁷ Gençcan (2011), s. 368.

1.2.1.3. Evlenmenin Yokluk İle Sakatlanmasının Sonuçları

Evlenmenin yokluğu hâlinde, evliliğin hiçbir zaman meydana gelmediği kabul edildiği için butlan ile sakatlanmış bir evlilikten dahi bahsedilemez¹⁶⁸.

Kadın ve erkek bu koşullar altında ne kadar uzun süre birlikte yaşamış olurlarsa olsunlar, hatta çocuklarının mevcut olması bile bu birlikte yaşamayı kendiliğinden geçerli bir evlilik haline dönüştürmez. Dolayısıyla böyle birliktelikten doğan çocuklar da evlilik birliği içinde doğmuş kabul edilemez. Fakat zaman zaman çıkartılan özel kanunlar ile bu tür birlikteliklerin kayıt altına alınmak suretiyle resmî evlilik haline dönüştürülmesi sağlanmıştır. Yani çıkarılan özel kanunlarla bu birliktelikler geçerli bir evlilik haline dönüştürülmüştür. Bu tür birlikte yaşama halleri eğer nüfus kayıtlarına geçmiş ise birlikte yaşayanlar kaydın düzeltilmesi hususunda talepte bulunabilir¹⁶⁹.

Yokluk ile sakatlanmış birlikte yaşama hâlinde ortada ne geçerli nede butlan ile sakat bir evlilik dahi olmadığına göre; yokluk için ayrıca bir dava açılmasına da gerek yoktur¹⁷⁰. Fakat menfaati olan kişi hukuki bir sonuç doğacaksa tespit davası açabilir¹⁷¹.

Evliliğin yok hükmünde olması hâlinde geçerli bir evliliğe ilişkin hiçbir hukuki sonuç doğmayacaktır¹⁷². Bu nedenle yok hükmündeki evlilikte kadın ve erkek ne bir hak elde edebilir nede bir borç veya yükümlülük altına girmiş olur. Dolayısıyla olmayan bir evliliğe ilişkin ne bir mirasçılık hakkı kazanılır; nede nafaka, tazminat ve benzeri yükümlülük yüklenebilir¹⁷³. Burada kastedilenlere evliliğin sadece malî yükümlülükleri değil; aile konutunu birlikte seçmek, aile birliğini birlikte yönetmek, giderlere katılmak, aile birliğini hukuken temsil etmek veya eşinin soyadını kullanmak gibi yükümlülükleri ve sonuçları da dâhildir.

Yok hükmündeki evlilik boşanma davasına da konu olmaz. Çünkü boşanma davasının açılabilmesi hukuken geçerli bir evliliğin varlığına bağlıdır¹⁷⁴.

¹⁶⁸ Köprülü/ Kaneti, s. 100; Velidedeoğlu, s. 299; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 234.

¹⁶⁹ Gençcan (2011), s. 371.

¹⁷⁰ Velidedeoğlu, s. 299.

¹⁷¹ Gençcan (2011), s. 370.

¹⁷² Velidedeoğlu, s. 299; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 275.

¹⁷³ Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 275.

¹⁷⁴ Gençcan (2011), s. 371.

1.2.2. Mutlak Butlan

1.2.2.1. Genel Olarak

Türk aile hukuku bakımından mutlak butlan, yasada açık bir hükümsüzlük nedeni olarak kabul edilmiştir. Bu hükümsüzlük halleri Kanunda sınırlı sayıda belirtilen çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir¹⁷⁵.

“Yeniden evlenmek isteyen kimse, önceki evliliğinin sona ermiş olduğunu ispat etmek zorundadır” (md.130). Bu hüküm gereği evlenen eşlerden birinin evlenme sırasında evli bulunması mutlak butlan sebebi olarak belirtilmiştir. “Ayırt etme gücüne sahip olmayanlar evlenemez” (md.125). Evlenme sırasında evlenenlerden birinin ayırt etme gücünden sürekli yoksun olması da mutlak butlan sebebidir¹⁷⁶. “Akıl hastaları, evlenmelerinde tıbbî sakınca bulunmadığı resmî sağlık kurulu raporuyla anlaşılmadıkça evlenemezler” (md.133). Her akıl hastalığı hâlinde değil evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığının olması mutlak butlan sebebidir¹⁷⁷. “Üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında; amca, dayı, hâlâ ve teyze ile

¹⁷⁵ Zevkililer/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 276.

¹⁷⁶ Yağcıoğlu, Burcu, Akıl Hastalığının Evlilikteki Etkilerine Genel Bir Bakış, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 29, Sayı 2, Yıl: 2021, s. 940.

¹⁷⁷ Yağcıoğlu, 940; YHGK.,E. 2015/167, K. 2015/1328, T. 13.05.2015; “4721 sayılı Türk Medeni Kanunu(TMK) ’nun 133 üncü maddesi "akıl hastaları, evlenmelerinde tıbbî sakınca bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporuyla anlaşılmadıkça evlenemezler" hükmünü içermektedir. Bu hükümden anlaşılabileceği üzere, akıl hastalığı kural olarak kesin evlenme engellerinden biridir. Ancak bu engel her türlü akıl hastalığını kapsamamaktadır. Gerçekten, mevcut akıl hastalığının evlenme bağlamında herhangi bir sakınca doğurmayacağı resmi sağlık kurulu raporuyla belgelendiği takdirde, bu hastalığa yakalanmış olan bir kişinin evlenmesine engel olunamayacaktır. Mülga 743 sayılı Medeni Kanun(eMK) ’un 89 uncu maddesinin ikinci fıkrasında "akıl hastalıklarından birine müptela olan kimse asla evlenemez" demek suretiyle akıl hastalığını kesin evlenme engeli saymıştı. Buna benzer bir hükmü Evlendirme Yönetmeliği (m.14) ile Umumi Hıfzıssıhha Kanunu (Genel Sağlık Koruma Kanunu) da içermektedir(m.123). Anılan madde ile ayırt etme gücünü kaldırıp kaldırmadığına bakmaksızın her türlü akıl hastalığı kesin evlenme engeli ve yasağı kabul edilmişti. Oysa tıp verilerine göre, akıl hastalıklarının hepsi ayırt etme gücünü mutlaka da ortadan kaldırmaz. Başka bir deyişle, her akıl hastasının ayırt etme gücünden mutlaka yoksun olduğu söylenemez. Nitekim sara (epilepsi) veya melankoli gibi bazı hastalıklar akıl hastalığı sayıldığı hâlde, bunlardan birine yakalanmış olanlar, ayırt etme gücünden hiç bir zaman sürekli olarak yoksun değildirler; TURGUT AKINTÜRK, / DERYA ATEŞ KARAMAN, “Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku, C. 2, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, S. 78-79 Bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında; davalı/davacı(kadın) tarafından açılan davada, evliliğin mutlak butlan sebebiyle iptali istenmiş olup, mutlak butlan sebebi olarak davacı/davalı(koca)nın evlenme sırasında ayırt etme gücünden yoksun ve evlenmeye engel olacak derecede akıl hastası olduğu ileri sürülmüştür. Yerel mahkemece yapılan yargılama sonunda Küçükçekmece Sulh Hukuk Mahkemesinin 2001/2279 Esas sayılı vesayet dosyasında, Bakırköy Prof. Dr. Mazhar Osman Ruh Sağlığı ve Sinir Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastanesinin 29.11.2001 tarih ve 2001/6546 sayılı Sağlık Kurulu Raporu ile davacının akıl hastası olduğunun tespit edildiği, dolayısıyla davacının, evlilik akdinin yapıldığı sırada ve halen ayırt etme gücünden yoksun olduğu ve evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığının bulunduğu gerekçesi ile evliliğin iptaline karar verilmiştir. Az yukarıda belirtildiği üzere akıl hastalığı kural olarak kesin evlenme engellerinden biridir. Ancak bu engel her türlü akıl hastalığını kapsamamaktadır. Mevcut akıl hastalığının evlenme bağlamında herhangi bir sakınca doğurmayacağı resmi sağlık kurulu raporuyla belgelendiği takdirde, bu hastalığa yakalanmış olan bir kişinin evlenmesine engel bulunmamaktadır. Bu nedenle evlenme

yeğenleri arasında”, “Kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında”, “Evlât edinen ile evlâtlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında” yakın akrabalık bağı evlenmeye engel kabul edilmektedir. “Erkek veya kadın on yedi yaşını doldurmadıkça evlenemez. Ancak, hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple on altı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir. Olanak bulundukça karardan önce ana ve baba veya vasi dinlenir” (md.124/1,2,3). Bu hüküm ile de evlenenlerden birinin olağan dışı evlenme yaşının altında olması mutlak butlan sebebidir¹⁷⁸.

“Batıl bir evlilik ancak hâkimin kararıyla sona erer. Mutlak butlan hâlinde bile evlenme, hâkimin kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğurur”(156/). Yok hükmündeki birlikte yaşamalar evlilik birliği olarak hiç doğmamış kabul edilirken; butlan hâlinde kanunda öngörülen evliliğin kurulmasına ilişkin gerekli bazı koşulların taşınmamasına rağmen hukuken var olan fakat yok hükmünde de olmayan bir evlilik söz konusudur¹⁷⁹.

Butlan hâlinde mevcut bir evlilik vardır fakat hukuken sakat bir evliliktir. Evlilik butlan hâlinde her ne kadar sakat olsa da aile hukukundaki hassasiyet dikkate alınarak diğer butlan hallerinden farklı bir şekilde mahkeme kararına kadar evlilik birliği geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğurur¹⁸⁰.

Butlan ile sakatlanmış evliliğin hükümsüz hale gelmesi ancak mahkeme kararı ile gerçekleşir¹⁸¹. Aile hukukunda butlan kararı ileriye dönük etki yaratır. Butlan genel hükümlerden farklı olarak evliliği kurulduğu andan itibaren değil; mahkeme kararının kesinleşmesinden itibaren hükümsüz kılar¹⁸².

tarihinden önce vesayet dosyasında alınan rapor davacının evlenme tarihî itibariyle evlenmesine engel olacak şekilde akıl hastalığının bulunup bulunmadığına ilişkin bir bilgiyi içermemektedir. Hal böyle olunca; mahkemece, davacı/davalı(koca)nın evlenme akdinin yapıldığı 21.04.2006 tarihinde sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun olup olmadığı ve evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığının bulunup bulunmadığı hususu tıbben belirlenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik incelemeyle hüküm kurulması doğru bulunmamıştır”.

¹⁷⁸ Gençcan (2011), s. 373; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 276

¹⁷⁹ Köprülü/ Kaneti, s. 100; Çörtoğlu Koca, s. 211; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 279; YHGK.,E. 2017/2294, K. 2020/671, T. 23.09.2020; “şeklen meydana gelmiş bir evliliğin, kanunun taraflarda ya da iradelerinde aradığı niteliklerin eksikliği nedeniyle ortadan kaldırılması gerekiyorsa "yokluk" kavramından değil, "butlan" kavramından söz edilecektir”..

¹⁸⁰ Köprülü/ Kaneti, s. 100; Velidedeoğlu, s. 285.

¹⁸¹ Gençcan (2011), s.373; YHGK.,E. 2017/2294, K. 2020/671, T. 23.09.2020; “Bilindiği üzere boşanma; hukuken geçerli olan bir evliliğin kanundaki şartların gerçekleşmesi hâlinde mahkeme kararı ile sona erdirilmesini ifade etmekte iken, evlenmenin butlanı; kanun tarafından aranan geçerlilik koşullarını taşımayan bir evliliğin mahkeme kararıyla sona erdirilmesini ifade etmektedir”.

¹⁸² Köprülü/ Kaneti, s. 100; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 276.

Mutlak butlana ilişkin sakatlıklar kamu düzenini ilgilendiren sakatlıklar olduğu için savcı ve ilgili olsun olmasın herkes tarafından dava edilebilen ve hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gereken hallerdir¹⁸³. Nisbi butlan hâlinde ise hukuki sakatlıktan sadece eşler etkilenebilir. Dolayısıyla ancak hukuki sakatlık kendi şahsında meydana gelmiş eş tarafından ileri sürülebilir ve nisbi butlan nedeniyle evliliğin iptali talebinde bulunulabilir¹⁸⁴.

1.2.2.2. Mutlak Butlan Sebepleri

1.2.2.2.1. Evlenme Sırasında Ayırt Etme Gücünden Sürekli Yoksun Olunması

Evliliğin gerçekleşebilmesi için kadın ve erkeğin evlenme iradelerini açıklamaları gerekir. Elbette iradelerini açıkladıkları sırada ayırt etme gücüne sahip olmaları ve yaptıkları irade açıklamalarının sonuçlarını anlayabilmeleri gerekir¹⁸⁵.

Evlenecek kadın ve erkek ayırt etme kabiliyetinden sürekli yoksunluk içindeyken iradelerini açıklayabilecekleri gibi ayırt etme kabiliyetinden geçici yoksunluk içinde de irade açıklamış olmaları mümkündür. Ayırt etme kabiliyetinden sürekli olarak mı yoksa geçici bir sebebe bağlı olarak mı yoksun olunduğu; butlan halinin mutlak butlan mı yoksa nisbi butlan mı olduğunun belirlenmesinde önem arz eder¹⁸⁶.

Evlenme sırasında ayırt etme kabiliyetinden sürekli bir şekilde yoksunluk hali evliliği mutlak butlanla sakatlar iken¹⁸⁷; ayırt etme kabiliyetinin geçici bir süre için kaybedilmiş olması hâlinde ise butlan nisbi nitelik arz eder. Mutlak butlan hâlinde tüm ilgililerin dava açma hakkı

¹⁸³ Gençcan (2011), s. 373; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 277.

¹⁸⁴ Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 279, Velidedeoğlu, s. 288; YHGK.,E. 2017/2294, K. 2020/671, T. 23.09.2020; "TMK'nda evlenmenin butlanı "mutlak" ve "nisbi" butlan hâlleri olmak üzere ayrı ayrı düzenlenmiş olup, geçerlilik şartlarındaki sakatlık kamu düzenini ilgilendiriyorsa "mutlak butlan", kamu yararı değil de ilgililerin özel menfaatleri söz konusuysa "nisbi butlan" hâllerinden söz edilir. Bu bağlamda mutlak butlan davasını her ilgili ve savcı açabilir. Nisbi butlan sebepleri ise sadece tarafları ilgilendirdiğinden nisbi butlan davasını sadece ilgili eş ve yasal temsilcinin rızasının arandığı durumlarda yasal temsilci açılabilir. Diğer taraftan mutlak butlan davası her zaman açılabilir; dava açma süreyle sınırlı değildir. Nisbi butlan davasının açılması ise altı aylık ve beş yıllık hak düşürücü sürelerle bağlanmıştır. Buna göre hak düşürücü süre içinde dava açılmaması hâlinde nisbi butlanla sakat olan bir evlenme iptal edilemez, yani geçerli hale gelir".

¹⁸⁵ Gençcan (2011), s. 386.

¹⁸⁶ Gençcan (2011), s. 386, Velidedeoğlu, s. 288.

¹⁸⁷ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 86; Köprülü/ Kaneti, s. 101.

olmasına rağmen nisbi butlan hâlinde sadece ilgili olan eş nisbi butlan nedeniyle hükümsüzlük talep talep edebilir¹⁸⁸.

Bunun yanında ayırt etme kabiliyetinin sürekli bir şekilde kaybedilmiş olmasına rağmen daha sonradan ayırt etme kabiliyetinin bir şekilde kazanılması hâlinde mutlak butlan hali nisbi butlana dönüşür ve yine nisbi butlan nedeniyle hükümsüzlük sadece ayırt etme kabiliyetini kaybetmiş eş tarafından istenebilir¹⁸⁹.

1.2.2.2.2. Evlenmeye Engel Olacak Derecede Akıl Hastalığı

Akıl hastalığı hem 743 sayılı Medeni Kanunda hem de 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda evlenme engeli olarak düzenlenmiştir (md.145/3). 743 sayılı önceki Medeni Kanunda bütün akıl hastalıkları evlenme engeli olarak öngörülmüş olmasına rağmen; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na göre akıl hastalarının evlenebilmesi için resmî sağlık kurulu raporuyla evlenmelerinde tıbbî sakınca bulunmadığının (md.133) anlaşılması gerekir¹⁹⁰.

Akıl hastalığı hem ayırt etme kabiliyetini ortadan kaldırabilmekte hem de gelecek nesillerin sağlığını kalıtsal olarak etkileyebilmektedir¹⁹¹. Bu nedenle evlenme sırasında gelecek neslin sağlığı açısından uygun olmayan kişilerin evlenmesi engellenmek istenmiştir¹⁹². Dolayısıyla hem ayırt etme kabiliyetini ortadan kaldıracak seviyede ki her akıl hastalığı hem de gelecek nesillerin sağlığını tehlikeye atacak nitelikteki akıl hastalığı kesin olarak evlenme engelidir ve mutlak butlan sebebidir¹⁹³.

¹⁸⁸ Gençcan (2011), s. 387.

¹⁸⁹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 86; Gençcan (2011), s. 388; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 277.

¹⁹⁰ Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 229.

¹⁹¹ Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 229.

¹⁹² Gençcan (2011), s. 388; Hatemi, Hüseyin/ Kalkan Oğuztürk, Burcu, Aile Hukuku (2b.), İstanbul: Vedat Yayıncılık, Yıl: 2013, s. 49

¹⁹³ Köprülü/ Kaneti, s. 101; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 229; YHGK.,E. 2015/167, K. 2015/1328, T. 13.05.2015; "4721 sayılı Türk Medeni Kanunu(TMK)'nın 133 üncü maddesi "akıl hastaları, evlenmelerinde tıbbi sakınca bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporuyla anlaşılmadıkça evlenemezler" hükmünü içermektedir" Bu hükmünden anlaşılabacağı üzere, akıl hastalığı kural olarak kesin evlenme engellerinden biridir. Ancak bu engel her türlü akıl hastalığını kapsamamaktadır. Gerçekten, mevcut akıl hastalığının evlenme bağlamında herhangi bir sakınca doğurmayacağı resmi sağlık kurulu raporuyla belgelendiği takdirde, bu hastalığa yakalanmış olan bir kişinin evlenmesine engel olunamayacaktır... Oysa tıp verilerine göre, akıl hastalıklarının hepsi ayırt etme gücünü mutlaka da ortadan kaldırmaz. Başka bir deyişle, her akıl hastasının ayırt etme gücünden mutlaka yoksun olduğu söylenemez". Y.2.HD.,E. 2009/5045, K. 2010/11272, T. 08.06.2010; "Eşlerden birinde evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığının bulunması evliliği mutlak butlanla batıl kılar. Buna göre dava mutlak butlan sebebine (TMK. m. 145/3) dayanmaktadır. Sona ermiş bir evliliğin mutlak butlanı Cumhuriyet Savcısı tarafından res'en dava edilemez ise de, bu dava her ilgilisi tarafından açılabilir. (TMK. m. 146/2) Türk Medeni Kanununun 159. maddesi nispi butlan sebepleriyle ilgilidir. (2.H. D.'nin 20.5.2002 tarihli 2002/6073-6775 sayılı kararı) Davacı

Akıl hastalığının evlenme sırasında yani resmî evlenme töreni yapılması sırasında mevcut olması gerekir¹⁹⁴. Yoksa evlenme töreninden önce olup; evlenme töreni sırasında olmayan akıl hastalığı evlenme engeli oluşturmayaacağı gibi evlendikten sonra evlilik süreci içerisinde meydana gelebilecek akıl hastalığı da butlana sebep olmaz. Olsa olsa akıl hastalığı sebebine dayalı (md.165) veya ortak yaşamın temelinden sarsılması sebebine dayalı (md.166/1) bir boşanma gerekçesi olabilir.¹⁹⁵

Akıl hastalığı olmasına rağmen gerçekleştirilen bir evlilikte akıl hastası olan eşin daha sonradan tedavi olması yani akıl hastalığının iyileşmesi hâlinde mutlak butlan sebebi de nisbi butlana dönüşür. Bu hâlde nisbi butlan hükümleri uygulanacağı için sadece evlenme sırasında akıl hastası olan eş evliliğin hükümsüzlüğünü talep edebilecektir¹⁹⁶.

1.2.2.2.3. Evlenmeye Engel Olacak Derecede Hısımlık

Hem kan hısımlığında hem kayın hısımlığında belirli dereceye kadar evlenme engeli öngörülmüştür¹⁹⁷. TMK'nın 129. maddesine göre altsoy ile üst soy arasında hangi dereceye kadar olursa olsun kesin evlenme yasağı getirilmiştir¹⁹⁸. Yansoy kan hısımlar arasında ise evlenme yasağı üçüncü dereceye kadar söz konusudur¹⁹⁹. Kayın hısımları açısından da evlenme yasağı aynı kan hısımları arasında olduğu gibidir. Evlilik bir şekilde sona ermiş olsa dahi kayın hısımlığı sona ermez ve evlenme yasağı oluşturmaya devam eder²⁰⁰. Anne ve babaları ayrı olan

ölen Selahattin mirasçısı olduğuna göre sona ermiş bir evliliğin mutlak butlanını dava edebilir. O hâlde, tarafların mutlak butlan sebebiyle ilgili delilleri toplanarak, bu çerçevede değerlendirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, davacının taraf ehliyetinin bulunmadığından söz edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır”.

¹⁹⁴ Gençcan (2011), s. 389; Köprülü/ Kaneti, s. 100; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 229.

¹⁹⁵ Gençcan (2011), s. 389.

¹⁹⁶ Y2HD.,E. 2015/20858, K. 2015/21227, T. 11.11.2015 “Eşlerden birinin evlenme sırasında sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun bulunması veya evlenmeye engel olacak derecede akıl hastası olması, evliliği mutlak butlanla sakatlar (TMK. m. 145/2-3). Ancak, ayırt etme gücünün sonradan kazanılması veya akıl hastalığının iyileşmiş olması durumlarında mutlak butlan davasını, yalnızca ayırt etme gücünü sonradan kazanan veya akıl hastalığı iyileşen eş açabilir. Bu hallerde dava hakkı, sonradan iyileşen eşe aittir (TMK. m. 147/2). Vesayet dosyasında alınan raporda "hastalığın remisyonda" olduğu ve dosya kapsamındaki tüm raporlardan remisyona hâlinde kişinin mümeyyiz olduğunun, tam bir akli sağlık içinde olduğunun sabit olmasına göre Türk Medeni Kanununun 147/2. maddesi hükmü gereğince evliliğin butlanını yalnızca akıl hastalığı iyileşmiş olan davalı eş talep edebilir, davacı-davalı erkeğin bunu talep etme hakkı yoktur. Davalı-davacı kadının da böyle bir talebi yoktur. Bu durumda davacı-davalı erkeğin evliliğin mutlak butlan talebinin reddi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir”.

¹⁹⁷ Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 48; Köprülü/ Kaneti, s. 100.

¹⁹⁸ Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 227.

¹⁹⁹ Gençcan (2011), s. 391; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 45.

²⁰⁰ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 87; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/Gürpınar, s. 227.

üvey kardeşliği ve süt kardeşliği Türk Medeni Kanunu'nda evlenme engeli olarak öngörülmemiştir²⁰¹.

Türk Medeni Kanunu'nun 129/3'üncü maddesine göre evlat edinen ile evlatlık arasında, evlat edinen ile evlatlığın eşi arasında, evlat edinenin eşiyle evlatlık arasında ve yine evlat edinen ile evlatlığın altsoyu ve evlat edinenin alt soyu ile evlatlık arasında yapılacak evlilikler kesin olarak geçersiz kabul edilmekte ve mutlak butlan sebebi olarak kabul edilmektedir²⁰².

1.2.2.2.4. Evlenme Yaşında Olmayanların Evliliği

Onaltı yaşın tamamlanması ve pek önemli bir sebebin varlığı hâlinde hâkim evliliğe izin verilebilir(124/2). Olağanüstü evlenme yaşı olarak kabul edilen onaltı yaşından daha küçük olan kadın veya erkeğin evlenmenin anlam ve önemini anlayacak idrâke ulaşmadığı kabul edilmektedir. Bu yaşın altında evlenme iradesi açıklanmış olsa dahi bu durum ayırt etme kabiliyetinden tam olarak yoksun olma şeklinde değerlendirilmekte ve mutlak butlan hükümleri uygulanmaktadır.

Evlenme gerçekleşikten sonra evlilik hükümsüz kılınana kadar olağanüstü evlenme yaşını tamamlamamış olan eşin evlenme yaşına ulaşması hâlinde artık hukuki sakatlık mutlak butlan değil, nisbi butlandır. Dolayısıyla nisbi butlana ilişkin hükümler uygulanacak ve sadece yaşı küçük olduğu için evlendirilen kişi tarafından evliliğin hükümsüzlüğü talep edilebilecektir²⁰³.

1.2.2.2.5. Evlenme Sırasında Evli Olmak

Türk Medeni Kanunu'nda yer alan “evli olan tekrar evlenemez”²⁰⁴ hükmü ile çok eşlilik yasaklanmıştır²⁰⁵. Bunun yaptırımını olarak evlilik merasimi yapılırken zaten geçerli bir evliliği

²⁰¹ Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 227.

²⁰² Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 48.

²⁰³ Gençcan (2011), s. 393; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 43

²⁰⁴ YHGK.,E. 1999/5105, K. 1999/7033, T. 18.06.1999; “...resmi siciller aksi isbat edilinceye kadar geçerlidir. Nüfus kayıtlarına göre davalı 1991 yılında KS ile evlidir. Bu evlilik kaydı iptal edilmemiş, ölüm veya boşanma ile sona erdiği iddia ve ispat edilmemiştir. Söz konusu evliliğin nüfus siciline geç intikal etmiş olması sonuca etkili olmaz. Karı kocadan biri evlenme merasiminin icrası zamanında evli ise, evlenme mutlak butlan ile batıldır. Davalı KS ile evli iken 1997 tarihinde yeniden CD ile evlendiğinden, yapılan bu ikinci evlilik mutlak butlanla batıldır”.

²⁰⁵ Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 227.

olan kişinin yaptığı ikinci evlilik mutlak butlan ile sakatlanmış kabul edilir²⁰⁶. Bu nedenle ister eşin gaipliğine karar verilmiş olsun²⁰⁷ isterse açılan bir boşanma davası devam ederken mahkemece ayrılığa karar verilmiş olsun ya da eşler fiilî olarak ayrı yaşıyor olsunlar; evlilik halen geçerli olduğu için bu süreç içinde yapılacak ikinci evlilik mutlak butlan ile sakattır.

1.2.3. Nisbi Butlan

1.2.3.1. Genel Olarak

Nisbi butlan sebepleri de mutlak butlan sebepleri gibi Kanunda sınırlı sayıda belirtilmiştir ve bu sebeplerin dışında herhangi bir neden nisbi butlan sebebi olarak değerlendirilemez²⁰⁸. “Evlenme sırasında geçici bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun olan eş, evlenmenin iptalini dava edebilir” (md.148). “Evlenmeyi hiç istemediği veya evlendiği kişiyle evlenmeyi düşünmediği hâlde yanılarak bu evlenmeye razı olmuşsa” (md.149/1), “Eşinde bulunmaması onunla birlikte yaşamayı kendisi için çekilmez bir duruma sokacak derecede önemli bir nitelikte yanılarak evlenmişse”(md.149/2), “Eşinin namus ve onuru hakkında doğrudan doğruya onun tarafından veya onun bilgisi altında bir başkası tarafından aldatılarak evlenmeye razı olmuşsa”(md.150/1), “Davacının veya altsoyunun sağlığı için ağır tehlike oluşturan bir hastalık kendisinden gizlenmişse” (md.150/2) ve “Kendisinin veya yakınlarından birinin hayatı, sağlığı veya namus ve onuruna yönelik pek yakın ve ağır bir tehlike ile korkutularak evlenmeye razı edilmiş eş” (md.151), evlenmenin iptalini dava edebilir²⁰⁹.

Nisbi butlan sebepleri ayırt etme kabiliyetinin evlenme töreni sırasında geçici olarak olmaması irade sakatlığı halleri ve yasal temsilcinin izninin alınması gerektiği hallerde temsilcinin izninin alınmamış olmasıdır²¹⁰.

Nisbi butlan hâlinde de mutlak butlan da olduğu gibi evliliğin hükümsüzlüğüne mahkemece karar verilene kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğurur²¹¹. Bunun yanı

²⁰⁶ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 84; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 43.

²⁰⁷ Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 43.

²⁰⁸ Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 277.

²⁰⁹ Gençcan (2011), s. 396; Köprülü/ Kaneti, s. 104; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 277.

²¹⁰ Gençcan (2011), s. 396; Köprülü/ Kaneti, s. 103.

²¹¹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 87; Köprülü/ Kaneti, s. 100.

sıra nisbi butlanın kamu düzeniyle ilgili olmaması dolayısıyla hükümsüzlüğü talep etme hakkı sadece eşe ve yasal temsilciye tanınmış bir haktır²¹².

Nisbi butlan hâlinde eşlerin evliliğin iptalini isteyebilmesine süre sınırı getirilmiştir. Eşler tarafından butlan halinin bu süre içerisinde ileri sürülmemesi hâlinde evlilik geçerli bir evlilik niteliğini kazanır. Bu süre butlan sebebinin öğrenilmesinden itibaren altı ay ve korkutmanın sona ermesinden itibaren altı ay ve her hâlükârda olayın meydana geldiği tarihten itibaren beş yıllık bir süre öngörülmüştür²¹³. Bu hak düşürücü bir süredir. Yasal temsilcinin dava açma yetkisi ise; küçüğün onsekiz yaşını tamamlaması, kısıtlı ise kısıtlılığının kaldırılması veya karının gebe kalması ile sona ermektedir. Yani mutlak butlanla herhangi bir süreye tabi olmaksızın hükümsüzlük ileri sürebiliyor olmasına rağmen nisbi butlanda bu süre olayın gerçekleştiği tarihten itibaren beş yıl ile sonlandırılmıştır²¹⁴.

Nisbi butlan sebepleri de kanunda numarus classus yani sınırlı sayıda belirlenmiştir. Bunların dışında herhangi bir sebebe dayanılarak evlenmenin nisbi butlan ile sakatlandığı ve dolayısıyla hükümsüzlüğünün gerektiği ileri sürülemez²¹⁵.

1.2.3.2. Nisbi Butlanın Sebepleri

1.2.3.2.1. Ayırt Etme Kabiliyetini Geçici Olarak Kaybetme

Evlenme töreni yapılırken evlenenlerden birinin herhangi bir madde bağımlılığı nedeniyle veya aldığı alkol ya da kullandığı ilaç ya da o anda geçirmekte olduğu bir rahatsızlık sebebiyle ayırt etme kabiliyetini geçici olarak kaybetmiş ise bu nisbi butlan sebebidir²¹⁶. Ayırt etme kabiliyetinin nisbi butlan oluşturabilmesi için evlenme töreni sırasında kaybedilmiş olması ve sonrasında tekrar ayırt etme kabiliyetinin kazanılmış olması gerekir²¹⁷.

²¹² Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 277.

²¹³ Gençcan (2011), s. 395; Tutumlu, Mehmet Akif, Teorik Ve Pratik Boşanma Hukuku Yargılaması. Ankara: Seçkin Yayınevi, Yıl: 2009, s. 873.

²¹⁴ Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 278.

²¹⁵ Velidedeoğlu, s. 300; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 277.

²¹⁶ Gençcan (2011), s. 396.

²¹⁷ Köprülü/ Kaneti, s. 104.

Evlenme töreni sırasında kaybedilen ayırt etme kabiliyeti bir daha kazanılmadan eşin ölmesi hâlinde bu ayırt etme kabiliyetinin geçici değil sürekli kaybı olarak değerlendirilir ve artık nisbi butlan değil mutlak butlan hükümleri uygulanır²¹⁸.

1.2.3.2.2. İrade sakatlıkları

İrade sakatlıklarında da evlilik nisbi butlan ile sakatlanmış kabul edilir. Evlilikte irade sakatlığı hali yanılma, aldatılma ve korkutulma şeklinde tezahür edebilir²¹⁹.

1.2.3.2.2.1. Yanılma

Evlenmeyi hiç istemediği veya evlendiği kişiyle evlenmeyi düşünmediği hâlde yanılarak bu evlenmeye razı olan (149/2), eşinde bulunmaması onunla birlikte yaşamayı kendisi için çekilmez bir duruma sokacak derecede önemli bir nitelikte yanılarak evlenen kişi (149/3) evlenmenin iptalini dava edebilir. Kanun hükmünden anlaşıldığı üzere yanılma evlenmenin konusunda yanılma veya evlendiği kişide yanılma veya evlendiği kişinin niteliğinde yanılma şeklinde görülmektedir²²⁰.

Evlenmeyi hiç istemediği hâlde yaptığı irade açıklamasının sonucunda evlenmiş bulunmak evlenmenin konusunda yanılma olarak görülür. Evlenmek istemekle birlikte evlendiği kişinin kendisinin evlenmek istediği kişi olmaması hâlinde şahısta yanılma söz konusudur²²¹. Bunun yanında hem evlenme isteyip hem de şahısta yanılmamış olan kişinin, evlendiği kişide bulunduğunu düşündüğü çok önemli bir nitelikte yanılmış olması da söz konusu olabilir. Örneğin var olduğunu düşündüğü bir niteliğin olmaması veya olmadığını düşündüğü bir niteliğin mevcut olması evlenilen kişinin niteliğinde yanılma şeklinde karşımıza çıkar. Evlenilen kişinin niteliğinde yanılma önemli bir nitelik olmalıdır. Yanılma cinsel nitelikte, fiziksel nitelikte, ekonomik nitelikte veya sosyal nitelikte yanılma şeklinde görülebilir²²².

²¹⁸ Gençcan (2011), s. 397.

²¹⁹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 88.

²²⁰ Köprülü/ Kaneti, s. 104.

²²¹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 88.

²²² Köprülü/ Kaneti, s. 105.

1.2.3.2.2.2. Aldatma

Eşin namus ve onuru hakkında doğrudan doğruya onun tarafından veya onun bilgisi altında bir başkası tarafından aldatılarak evlenmeye razı olan ya da davacının veya altsoyunun sağlığı için ağır tehlike oluşturan bir hastalık kendisinden gizlenmiş olan kişi evlenmenin iptalini isteyebilir²²³. Madde hükmünden anlaşıldığı üzere aldatma herhangi bir aldatılma değil eşin namus ve onuru hakkında ya da davacının altsoyunun sağlığı için ağır tehlike oluşturan bir hastalığın gizlenmesi şeklinde gerçekleşen aldatmadır²²⁴. Namus ve onura ilişkin aldatma aldatanın yaşayış biçiminde geçmişinden veya şöhreti hakkında bir aldatma şeklinde görülebilir²²⁵.

Kanun hükmünde nisbi butlan sebepleri numerus clausus şeklinde sayılmış olup bunların dışında herhangi bir aldatma nisbi butlana dayanılarak evliliğin iptalini isteme hakkı vermez. Kanunda sayılanların dışında bir sebeple aldatılma eğer diğer koşullarda mevcut ise evlilik birliğinin devamı kendisinden beklenmeyecek derecede sarsılma gerekçesine dayanarak boşanma davasına konu edilebilir.

1.2.3.2.2.3. Korkutma

Kendisinin veya yakınlarından birinin hayatı, sağlığı veya namus ve onuruna yönelik pek yakın ve ağır bir tehlike ile korkutularak evlenmeye razı edilmiş eş evlenmenin iptalini dava edebilir²²⁶.

Korkutma hâlinde evlenme iradesi ile beyan arasında evlenenlerden birinin kendisi veya yakınlarının hayatına sağlığına namus veya onuruna yöneltilmiş pek yakın ve ağır bir tehlike altında beyanının gerçek iradesinden farklı açıklanarak evlenmenin gerçekleşmesinin sağlandığı anlaşılmaktadır²²⁷.

²²³ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 90.

²²⁴ Gençcan (2011), s. 409.

²²⁵ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 90

²²⁶ Gençcan (2011), s. 423.

²²⁷ Gençcan (2011), s. 423.

Korkutma hâlinde korkutmanın herhangi bir şekilde korkutma olmadığı sadece kanun hükmünde belirtilen hayata, sağlığa, namusa ve onura yönelmiş tehlikelerin korkutma olarak değerlendirildiği anlaşılmaktadır²²⁸.

Korkutmanın evlenecek diğer eş tarafından yapılması veya bir başkası tarafından yapılması arasında bir farklılık söz konusu değildir. Yine korkutmanın herhangi bir kişiye yöneltilmiş olması yeterli görünmemekte, evlenecek eşe ya da onun yakınlarından birine yönelik olması da gerekmektedir²²⁹. Yakının kim olduğu hususunda sadece kan veya kayın hısımları kişisel ilişkiler dikkate alınarak hâkim tarafından belirlenecektir.

Korkutma eş veya yakınlar açısından ağır bir tehlikeye yönelik olmalıdır. Dolayısıyla içeriğinde ağır bir tehlike bulunmayan ifadelerin korkutma olarak değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır²³⁰. Korkutma ile evlenme arasında sebep sonuç ilişkisi kurulduğu sürece iptal açısından önem arz eder. Aksi takdirde korkutma olmasa da evlenme gerçekleşecek idiyse, bu hâlde korkutmaya dayalı olarak evliliğin iptalinin istenmesi artık mümkün olmayacaktır²³¹.

1.2.3.2.3. Ağır Tehlike Oluşturan Hastalığın Gizlenmesi

Ağır tehlike oluşturan hastalığın gizlenmesi nisbi butlan sebebidir. Gizlenen hastalık öncelikle eşle ilgili olmalıdır ve ağır tehlike oluşturmalıdır²³². Yani eşin kendisinde bulunmamakla birlikte yakın akrabalarında bulunan bir hastalık gerekçesiyle hastalıkta aldatmanın gerçekleştiğinden bahisle nisbi butlan davası açılamaz²³³.

Hastalığın kalıtsal bir özellik göstermesinin yanında bulaşıcı bir hastalık olması hâlinde de nisbi butlan sebebiyle evliliğin iptali istenebilir. Eşte bulunan gizlenmiş hastalığın diğer eş veya altsoyunun sağlığı veya hayatı için ağır tehlike oluşturmaması da gerekir²³⁴.

²²⁸ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 92.

²²⁹ Köprülü/ Kaneti, s. 107.

²³⁰ Gençcan (2011), s. 425.

²³¹ Köprülü/ Kaneti, s. 108.

²³² Gençcan (2011), s. 418.

²³³ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 92.

²³⁴ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 91; Gençcan, s. 421.

Bu arada hastalığı olan eş eğer hastalığını bilmiyor ise her ne kadar hastalığı diğer eş i veya onun altsoyunun sağlığı ve hayatı için tehlike oluşturacak ise de bu bir nisbi butlan sebebi olamaz.

1.2.3.2.4. Yasal Temsilcinin İzni

Ayırt etme gücüne sahip küçük ya da kısıtlı olup evlenme yaşını tamamlamış olanların evlenebilmesi yasal temsilcilerinin iznine bağlanmıştır. “*Küçük veya kısıtlı, yasal temsilcisinin izni olmadan evlenirse, izni alınmayan yasal temsilci evlenmenin iptalini dava edebilir. Bu suretle evlenen kimse sonradan onsekiz yaşını doldurmak suretiyle ergin olur, kısıtlı olmaktan çıkar veya karı gebe kalırsa evlenmenin iptaline karar verilemez.*”(md.153/1,2). Yasal temsilcinin izni olmaksızın evlenen kişilerin evliliği nisbi butlan ile sakatlanmıştır ve evliliğin iptalini dava etme hakkı vermektedir²³⁵. Bu hâlde evlenmenin iptalini isteyecek kişi izni alınmayan yasal temsilcidir²³⁶. Fakat küçüğün 18 yaşını tamamlayarak ergin olması ya da kısıtlanmış kişinin kısıtlılık halinin sona ermesi durumunda yasal temsilcinin dava açma hakkı ortadan kalkar²³⁷.

Bunun yanında her ne kadar küçük ergin olmamış ise de ya da kısıtlının kısıtlılık hali devam etmekte ise de kadın gebe kalır ise yine evliliğin iptali talep edilememektedir. Yani bu hâlde artık evliliğin nisbi butlan gerekçesi ile iptali dava edilemeyecektir²³⁸.

1.2.4. Evlenme Engelleri Arasında Sayılan Fakat Butlanı Gerektirmeyen Haller

1.2.4.1. Kadının Bekleme Süresine Uymaması

Evlenmenin herhangi bir sebeple sona ermesinden sonra kadına üçyüz günlük bir bekleme süresi öngörülmüştür. Bu süre dolmadan kadının tekrar evlenmesi mümkün değildir. Kanunda “*kadının bekleme süresi bitmeden evlenmesi evlenmenin butlanı gerektirmez*” (md.154) hükmüne yer verilmiştir. Evlenme engeli olarak öngörülen bu süre içerisinde yine de kadının evlenmiş olması butlanı gerektiren bir engel olarak öngörülmemiştir²³⁹.

²³⁵ Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 226.

²³⁶ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 93; Gençcan, s. 429.

²³⁷ Köprülü/ Kaneti, s. 108.

²³⁸ Gençcan (2011), s. 430.

²³⁹ Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 50; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 230.

1.2.4.2. Evlenmenin Şekil Koşullarına Uyulmaması

Evlenmenin, evlendirmeye yetkili kişiler huzurunda yapılması ile kadın ve erkeğin evlenmeye yönelik özgür iradelerini bir arada bulunarak aynı anda aynı yetkili memur huzurunda açıklamaları evlenmenin en temel koşullarındandır. Bu koşullara uyulmaması hâlinde evlenme yok hükmünde kabul edilir²⁴⁰. “*Evlendirmeye yetkili memur önünde yapılmış olan bir evliliğin kanunun diğer şekil kurallarına uyulmaması sebebiyle butlanına karar verilemez*” (md.155). Evlenenler özgür iradelerini bir arada bulunarak aynı anda aynı yetkili memur huzurunda açıklamışlar²⁴¹ ise bunun dışında kalan, evlenme töreni sırasında tanık bulunmaması ya da beyanlarının alınmamış olması gibi herhangi bir şekil eksikliği sebebi ile evlenme artık butlan ile sakat kabul edilmemekte dolayısıyla evlenmenin iptali istenilememektedir²⁴².

1.2.5. Butlan Kararının Hükmü

1.2.5.1. Genel Olarak

Evliliğin yokluğu hâlinde evlilik hiç var olmamış, gerçekleşmemiş kabul edildiği için, taraflar arasında evlilikten doğan hak ve yükümlülükler meydana gelmediği gibi evliliğin yok hükmünde olması hâlinde evliliğin sona erdirilmesi gibi bir amaç söz konusu olmayacak ve bu nedenle bir işlem yapılması da gerekmeyecektir²⁴³.

Gerek mutlak butlan gerekse nisbi butlan hâlinde evlilik sakat kurulmuş olmasına rağmen sona erdirilmesine kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğurduğu görülmektedir²⁴⁴. Yani eşler geçerli bir evlilik içerisinde sahip oldukları haklara sahiptirler ve yine geçerli bir evlilikten doğan örneğin sadakat, geçime katkı sağlama, eşe yardımcı olma, oturulacak konutu birlikte seçme gibi yükümlülükler butlan ile sakatlanmış evliliklerde de mevcuttur²⁴⁵.

²⁴⁰ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 77; Köprülü/ Kaneti, s. 99.

²⁴¹ Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 230.

²⁴² Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 102; Gençcan (2011), s. 445; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 52; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 231.

²⁴³ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 79; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 273.

²⁴⁴ Köprülü/ Kaneti, s. 109; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 275.

²⁴⁵ Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 266.

Borçlar hukuku kapsamında bir sözleşmenin mutlak butlan ile sakatlanması hâlinde işlem baştan beri hükümsüz olduğu hâlde, aile hukuku kapsamında evlenmenin mutlak butlan ile sakatlanması hâlinde hüküm ileriye dönüktür²⁴⁶. Yani evlenmeye ilişkin butlan kararı evliliğin gerçekleştiği tarihten itibaren değil; hükmün kesinleştiği tarihten itibaren sonuçlarını doğurmuş olacaktır²⁴⁷.

“Evlenmenin butlanı davasında, yetki ve yargılama usulü bakımından boşanmaya ilişkin hükümler uygulanır” (md.160). Butlan davasının açılması ile hâkim aynı boşanma davasında olduğu gibi hükmün kesinleşmesine kadar geçecek süre için örneğin barınma, geçim, malların yönetimi, çocukların bakımı ve korunması gibi geçici önlemleri alır. Butlan kararı ile hem çocuklar hem eşler hem de üçüncü kişiler açısından sonuçlar meydana gelir²⁴⁸.

1.2.5.2. Eş Ve Çocuklar Bakımından Sonuçları

1.2.5.2.1. Çocuklar Bakımından Sonuçları

Butlan ile sakatlanmış evlilikten doğan çocuklar ana ve babanın iyi niyetli olup olmamasına bakılmaksızın evlilik içine doğmuş sayılmaktadır. Çocuklar ile ana ve baba arasındaki ilişkilerde boşanmaya ilişkin hükümlere göre düzenlenir²⁴⁹.

Boşanmaya ilişkin hükümler dikkate alındığında çocuklarla ilgili velâyetin hangi eşe verileceği, velâyet verilmeyen eş ile çocuk arasında nasıl kişisel ilişki kurulacağı ve yine velâyet kendisine verilmeyen eşin çocuğun bakım gözetim eğitim ve sağlığı için öngörölmüş bulunan iştirak nafakasına nasıl ve ne miktarda katılacağı düzenlemeleri yer almaktadır. Butlan kararı verilen evlilikten doğan çocuklarla anne baba arasında da bu hükümler uygulanacaktır²⁵⁰.

Mahkeme ayrılık ya da boşanma kararı verirken ana ve babanın haklarıyla çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenlemeden önce imkân oldukça çocuğun anne ve babasını, çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının görüşlerini aldıktan sonra karar verir (md.182/1). Mahkeme velayeti vermediği anne ya da babanın çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenlerken

²⁴⁶ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 98.

²⁴⁷ Gençcan (2011), s. 448; Köprülü/ Kaneti, s. 109.

²⁴⁸ Köprülü/ Kaneti, s. 114.

²⁴⁹ Gençcan (2011), s. 450.

²⁵⁰ Gençcan (2011), s. 450; Köprülü/ Kaneti, s. 114.

çocuğun sağlık, eğitim ve ahlâki yararlarını esas alır. Bu yaklaşımla velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eş de malî gücü oranında çocuğun giderlerine katılmak zorundadır(md.182/2). Mahkemece anne babanın sosyal ve ekonomik durumlarını da gözeterek gelecek süreç içerisinde çocuğa yapılacak katkının miktarını da belirler (md.182/3).

Türk Vatandaşlık Kanunu 7. madde 1. fıkrasında “*butlana karar verilmiş olsa dahi bu evlilik içinde dünyaya gelen ve doğumda Türk vatandaşlığını kazanan çocuklar ana ve baba iyiniyetli olmasa dahi Türk vatandaşlığını korur*” hükmü gereği bu evlilik içerisinde doğmuş çocukların Türk vatandaşlığını alacağı ve koruyacağı öngörülmüştür²⁵¹.

1.2.5.2.2. Butlan Kararını Eşler Bakımından Sonuçları

Batıl olan evlilikler hukuki sakatlıklarının tespit edildiği tarihe kadar değil; mahkeme kararına kadar geçerliliklerini korurlar. Batıl olan evliliklerde ancak mahkemece sonlandırılabilir. Evlilik mutlak butlan ile sakatlanmış olsa dahi hâkim tarafından sonlandırılana kadar geçerli bir evlilik gibi evliliğin bütün sonuçlarını doğurur.²⁵²

Evliliğin kazandırdığı kişisel durumlar iyi niyetli olan eş için evlilik sonlandırılrsa da korunur²⁵³. Kayın hısımlığı, tarafların iyi niyetli olup olmamasına bakılmaksızın butlan kararından sonra da korunur. Kadın için öngörülen bekleme süresi de tarafların iyi niyetli olup olmamasına bakılmaksızın başlar²⁵⁴. Butlan ile sakatlanmış evliliğin sonlandırılması hâlinde mal rejiminin tasfiyesi, tazminat, nafaka ve kadının soyadına ilişkin boşanma hakkında uygulanan hükümler uygulanır²⁵⁵.

1.3. Evliliği Sona Erdiren Diğer Sebepler

Evlilikler, evlilik hakkında butlan nedeniyle iptal kararı verilerek ya da boşanma hükmü ile mahkeme kararı yoluyla sona erebildiği gibi kendiliğinden de sona erebilmektedir²⁵⁶. Evliliği kendiliğinden sona erdiren sebepler ise eşlerden birinin ölümü, ölüm karinesi ve gaiplik

²⁵¹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 98.

²⁵² Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 276.

²⁵³ Köprülü/ Kaneti, s. 113.

²⁵⁴ Gençcan (2011), s. 452.

²⁵⁵ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 99; Gençcan (2011), s. 458.

²⁵⁶ Ayan, Nurşen, Terk Nedeniyle Boşanma, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Sayı: 1, Yıl: 2007, s. 41; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 280.

kararına bağılı olarak evliliğin feshine ilişkin karar verilmesi ve eşlerden birinin cinsiyet değıştirmesidir²⁵⁷.

1.3.1. Ölüm

Kişiliğı sona erdiren sebeplerden biri olan ölümün gerçekleşmesinin ölen kişinin malvarlığı hakları üzerinde etkisi olduğu gibi kişi varlığı hakları üzerinde de etkileri olmaktadır²⁵⁸. Kişi varlığı haklarının niteliğı gereğı başkasına devredilememesinin sonucu olarak kişinin ölmesi ile kişiliğı bağılı haklar ölümle birlikte son bulurlar. Evlilik de kişiliğı bağılı haklardandır; dolayısıyla ölüm ile evlilik de sona ermektedir²⁵⁹. Ölüm evliliğı sona erdiren doğıal tek nedendir²⁶⁰.

1.3.2. Ölüm Karinesi Ve Gaiplik Kararı

TMK'nın 31.maddesinde ölüm karinesine, 32.maddesinde de gaipliğı ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. “İlândan sonuç alınamazsa, mahkeme gaipliğı karar verir ve ölüme bağılı haklar, aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır. Gaiplik kararı ölüm tehlikesinin gerçekleştiğı veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğurur” (md. 35).

Ölüm karinesine göre ölümün doğurduğu aynı sonuçlar meydana gelmektedir.²⁶¹ “Kaybolanın eşi evliliğın feshini, gaiplik başvurusuyla birlikte veya ayrıca açacağı bir dava ile isteyebilir” (md.131/2). TMK'nın 131. maddesine göre gaipliğı dayanarak sağ kalan eş evliliğın feshini isteme hakkı tanınmaktadır²⁶². Dolayısıyla ölüm karinesi ile evlilik sanki ölüm gerçekleşmiş gibi sona ererken²⁶³; gaiplik kararının verilmesi sadece eş evliliğın feshini isteme hakkı vermekte evlilik kendiliğinden sona ermemektedir²⁶⁴. Sağ kalan eş evliliğı feshettirene kadar evlilik geçerli bir evlilik olarak varlığını devam ettirmektedir²⁶⁵.

²⁵⁷ Ayan, s. 41; Doğan, Hande, Anayasa Mahkemesi'nin Türk Medeni Kanunu 181/II Hükümüne İlişkin Karar İncelemesi, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, Yıl:2016, s. 139.

²⁵⁸ Oğuzman / Seliçi / Özdemir, s. 22.

²⁵⁹ Dural/ Öğü/ Gümü, s. 105.

²⁶⁰ Köprülü/ Kaneti, s. 155; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 275.

²⁶¹ Oğuzman/ Seliçi / Özdemir, s. 26; Ayan, s. 41.

²⁶² Oğuzman/ Özer/ Oktay Özdemir, s. 35; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 280.

²⁶³ Hatemi/ Serozan, s. 207; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 280.

²⁶⁴ Köprülü/ Kaneti, s. 155; Doğan (2016), s.140

²⁶⁵ Oğuzman/ Özer/ Oktay Özdemir, s. 35, Ayan, s. 41; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 280

1.3.3. Evlilik Sırasında Cinsiyet Değişikliği

Birbiriyle evlenecek erkek ve kadın, içlerinden birinin oturduğu yer evlendirme memurluğuna birlikte başvururlar (TMK md. 134). Başvurunun usulüne uygun olarak yapılmadığı veya evleneceklerden birinin evlenmeye ehil olmadığı ya da evlenmeye yasal bir engel bulunduğu anlaşılırsa, evlenme başvurusu reddolunur. (TMK md.137/2). Evlenmeyi isteyenlerden birinin erkek diğerinin kadın olması gerektiğinden (TMK md. 134) aynı cinsten olanların evlenme talebi reddedilecektir.

Evlilik gerçekleşikten sonra eşlerden birinin cinsiyet değiştirmek istemesini ise Türk Medeni Kanunu 40. maddesine göre değerlendirmek gerekecektir. Buna göre cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunmak suretiyle cinsiyet değişikliğine mahkemece izin verilmesini talep edebilir. Fakat cinsiyet değişikliğine izin verilebilmesi için TMK 40. maddesi ile talepte bulunanın onsekiz yaşını doldurması ve evli olmaması, ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu, bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şartları getirilmiştir. Verilen izinden sonra cinsiyet değiştirme amacına ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir²⁶⁶. Görüldüğü üzere esas olarak evli olan bireyin cinsiyet değişikliği gerçekleştirebilmesi evlilik süresince mümkün değildir. Ancak evliliğin sonlandırılması halinde cinsiyet değişikliği yapılabilecektir. Bu durumun ise zaten sonlanmış olan evlilik üzerinde etkisi olmayacaktır. Fakat evlilik sırasında her nasılsa cinsiyet değişikliği gerçekleşmiş ise bu evliliğide yok hükmünde saymak gerekecektir²⁶⁷.

²⁶⁶ Y.2.HD. E. 2010/11100, K. 2011/14833, T. 04.10.2011.

²⁶⁷ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 77

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK VE İSVİÇRE HUKUKLARINDA BOŞANMANIN DÜZENLENİŞİ

2.1. Türk Hukukunda Boşanmanın Düzenlenişi

Kültürleri farklı toplumların hukuki düzenlemelerinde farklı boşanma sebeplerine yer vermeleri normaldir²⁶⁸. Boşanmaya ilişkin düzenlemelerin genel boşanma sebepleri özel boşanma sebepleri, mutlak boşanma sebepleri nisbi boşanma sebepleri, kusura dayanan boşanma sebepleri kusura dayanmayan boşanma sebepleri şeklinde sınıflandırılabilmesi mümkündür. Türk Medeni Kanunu'nda özel boşanma sebepleri genel boşanma sebepleri şeklinde düzenleme tarzı seçilip hükümler içerisinde kusurun etkisi ve hâkimin -boşanmaya karar vermek zorunda olup olmaması bakımından- takdir yetkisinin sınırlarının belirlendiği bir sistemin benimsendiği söylenebilir.

Türk Medeni Kanunu'nda hem özel hem de genel boşanma sebeplerine yer verilmiştir²⁶⁹. Özel boşanma sebepleri sınırlı sayıda olup; belirli bir olayın gerçekleşmesini gerektirirken²⁷⁰; genel boşanma sebebi Kanunda tek tek sayılması mümkün olmayan geçimsizlik veya evlilik birliğinin sarsılması olarak ifade edilir²⁷¹. Boşanma sebeplerinden birinin mevcut olması hâlinde kadın ve erkek boşanma davası açma hususunda birbirlerine eşittirler²⁷².

Boşanma eski hukuk sistemimizde olduğu gibi kadın veya erkeğin tek taraflı iradesi ile değil; ancak bir mahkeme kararıyla gerçekleşebilir²⁷³. Yani boşanma kişisel olmaktan çıkartılıp devletleştirilmiştir²⁷⁴. Evlenmenin çok önemli kişilik hakkı işlemi olması ve diğer eşin de kişilik haklarını ilgilendirmesi dolayısıyla mahkeme dışı boşanmaya yasada yer verilmemiştir²⁷⁵.

²⁶⁸ Gençcan (2020), s. 125.

²⁶⁹ Gençcan (2020), s. 125.

²⁷⁰ Hatemi/ Serozan s. 217; Tekben, s. 1079; Gençcan (2020), s. 125.

²⁷¹ Canarslan, s. 98; Gençcan (2020), s. 129; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 98; Velidedeoğlu, s.185; Tekben, s. 1079.

²⁷² Velidedeoğlu, s. 185

²⁷³ Canarslan, s. 98; Velidedeoğlu, s. 185.

²⁷⁴ Velidedeoğlu, s. 185.

²⁷⁵ Hatemi/ Serozan, s. 209.

2.1.1. Boşanmanın 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisinde Düzenlenişi

1923 te yürürlüğe giren Hukuk-i Aile Kanunu Layihası ile kadınlara da evliliği tek taraflı olarak sonlandırma hakkı verilmiştir²⁷⁶. Boşanmanın adli makamların kararı ile gerçekleştirilmesi ise 1924 yılında Hukuki Aile Kanunu Layihası'nın yürürlüğe girmesi ile gerçekleşmiştir²⁷⁷.

Boşanmaya ilişkin sorunlar, 1926 yılında 743 sayılı Medeni Kanun yürürlüğe girene kadar islam hukuku hükümlerine göre, 743 sayılı Medeni Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte de bu Kanunda yer alan hükümlere göre çözülmeye başlanmıştır²⁷⁸.

1926 yılında yürürlüğe giren 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinde yer alan ve halen varlığını devam ettiren sisteme göre ayrı ayrı boşanma sebepleri düzenlenmiş olup; bunlar 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinde, zina (md.129), cana kast, pek fena muameleler (md.130), cürüm ve haysiyetsizlik (md.131), terk (md.132), akıl hastalığı (md.133) ve evlilik birliğinin sarsılması, anlaşmalı boşanma ve müşterek hayatın yeniden kurulamamasıdır (md.134)²⁷⁹.

Türk Medeni Kanununda halen var olan özel boşanma sebeplerine ve kusura dayalı bu sistem İsviçre de terk edilmiştir²⁸⁰.

22.11.2001 de yayımlanıp 1 Ocak 2002 de yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda da aynı sistemin devam ettiğini görmekteyiz. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda da yine ayrı ayrı boşanma sebepleri düzenlenmiş olup; bunlar zina (md.161), hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış (md.162), suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (md.163), terk (md.164), akıl hastalığı (md.165) ve evlilik birliğinin sarsılması (md.166)²⁸¹

²⁷⁶ **Atmaca Ülkü, Hande**, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma Protokolü, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Doktora Tezi), İstanbul, 2017, s. 12.

²⁷⁷ **Atmaca Ülkü**, s. 13.

²⁷⁸ **Atmaca Ülkü**, s. 12.

²⁷⁹ **Gençcan (2020)**, s. 128; **Oktay Özdemir, Saibe**, Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı, MHB Cilt: 35, Sayı: 1, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/410998>, s. 30.

²⁸⁰ **Özdemir**, s. 29; **Burcuoğlu, Haluk**, Boşanmada kusur ve Yoksulluk Nafakası İle ilgili gözlemler, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 2, İstanbul, Yıl: 2018, s. 2.

²⁸¹ **Özdemir**, s. 30.

şeklinde düzenlenmiştir. Bu sistem gereği boşanma davasının açabilmesi²⁸² ve hâkimin de boşanmaya karar verebilmesi için kanunda belirtilen sebeplerden birine dayanılması gerekir²⁸³

2.1.2. 3444 Sayılı Kanun İle 743 Sayılı Kanunda Yapılan Değişiklikler

743 Sayılı Kanun'un 134. maddesinde karı koca arasında müşterek hayatın çekilmez hâle gelmesi nedeniyle boşanma “imtizaçsızlık” başlığı altında düzenlenmişti²⁸⁴. Bu maddede *“Aralarında müşterek hayatın çekilmez bir hâle gelmesini mucip olacak derecede şiddetli bir geçimsizlik baş gösterdiği takdirde karı kocadan her biri, boşanma davasında bulunabilir. Eğer geçimsizlik, iki taraftan birine daha ziyade kabili isnat ise boşanma davasını ikame hakkı ancak diğer tarafa aittir”* hükmüne yer verilmişti. Bu hükümde 4/5/1988 tarih ve 3444 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile eşlere anlaşmalı boşanma ve fiilî ayrılığa dayalı boşanma imkânı verilmiştir²⁸⁵.

Değişiklik öncesi hükümde öncelikle dava açabilme hakkı kusuru daha az olan eşe tanınmıştı. Bu hükümde yer alan daha az kusurlu olan eşin dava açma hakkı 4/5/1988 tarih ve 3444 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile her iki eşe de dava açabilme hakkı tanınacak şekilde değiştirilmiştir *“Evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir.”*(md.166/1). *“Yukarıdaki fıkra da belirtilen hâllerde, davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır. Bununla beraber bu itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir”* (md.166/2). Böylece kusuru daha fazla olan eşe dava açma hakkı tanınmakla birlikte az kusurlu eşe açılan davaya itiraz hakkı tanınmıştır. Ama bu itiraz hakkı kusuru çok olan eşin boşanma davası açabilmesini fiilen imkânsız kılacak şekilde her durumda yapılabilecek bir itiraz olarak öngörülmemiştir. İtiraz hakkının kullanılmasının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olması ve evlilik birliğinin devamında davalı ve

²⁸² Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 105.

²⁸³ Ceylan, Ebru, İsviçre, Fransa, Belçika, İspanya Ve İtalya Hukukundaki Boşanma Sebeplerinin Türk Hukukuyla Mukayesesi Ve Değerlendirilmesi. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 0-0. DOI: 10,18771/MDERGİ.496807, Sayı: 12, Yıl: 2018, s. 328

²⁸⁴ Çakın, s. 37; Anıl, Yaşar Şahin, Boşanma Sebebi Olarak – Evlilik Birliğinin Sarsılması – Geçimsizlik, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 28.

²⁸⁵ Burcuoğlu (2018), s. 2; Ceylan (2018), s. 317

çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamış olması hâlinde boşanma davası açılabilmesine imkân verilmiştir.

Kanun hükmünde 4/5/1988 tarih ve 3444 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerden biri de evlilik birliğinin temelinden sarsılmış varsayıldığına ilişkin 166/3 hükmündeki düzenlemedir. *“Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi hâlinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu hâlde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü hâlinde boşanmaya hükmolunur. Bu hâlde tarafların ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz”* (md.166/3). Kanunda ki bu değişiklik ile evliliğin en az bir yıl sürmüş olması ve eşlerin boşanma talebiyle mahkemeye birlikte başvurması ya da bir eşin açtığı davayı diğer eşin kabul etmesi hâlinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılmaktadır.

Eşlerin bu karineden yararlanarak boşanma kararı alabilmeleri için hâkimin tarafların iradelerini serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi, bunun için tarafları bizzat dinlemesi ayrıca eşlerin boşanmanın malî sonuçları ve çocukların durumu hususlarında anlaştıklarını gösteren düzenleme içeriğini uygun bulması koşuluna bağlanmıştır (md.166/3).

Hâkimin eşlerin boşanmanın malî sonuçları ve çocukların durumu hususlarında anlaştıklarını gösteren düzenleme içeriğini uygun bulmaması hâlinde; hâkime tarafların ve çocukların menfaatlerini de nazara alarak anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilme yetkisi de tanınmıştır. Bu hâlde ise tarafların hâkim tarafından yapılan değişikliği kabul etmeleri hâlinde boşanma hükmü verilebilmektedir.

Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini nazara alarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü hâlinde boşanmaya hükmolunur. Bu hâlde 743 Sayılı Kanun’un 150 nci maddenin (3) numaralı bendinde ki *“İki tarafın bu bapta sebkedecek her türlü ikrarları dahi hâkimi takyit etmez”* hükmü uygulanmaz.

Kanun hükmünde 4/5/1988 tarih ve 3444 sayılı Kanun ile yapılan bir başka değişiklikte evlilik birliğinin temelinden sarsılmış varsayıldığına ilişkin (md.166/4) deki düzenlemedir. Bu hükme göre “*Boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl geçmesi hâlinde, her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilir*”.

Devlet kontrolünde olması gereken tazminat, velâyet ve nafaka gibi konuların tarafların iradesine bırakılmasının yaratacağı sorunlar hususunda uzunca süre tartışmalar yaşanmasının sonucunda 1988 yılında yapılan değişiklik ile anlaşmalı boşanmaya ilişkin düzenleme yapılmıştır²⁸⁶.

Anlaşmalı boşanmaya ilişkin düzenlemenin ve daha önce açılmış fakat boşanma kararı ile sonuçlanmamış bir davada hükmün kesinleşmesinden sonra üç yıl devam eden fiilî ayrılığa dayalı boşanmaya imkân veren hükümlerin 763 sayılı Türk Kanunu Medenisi’ne eklenmesinin dışında boşanmaya ilişkin hükümler bakımından başka değişiklik yapılmadığı görülmektedir. Böylece 4/5/1988 tarih ve 3444 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle Türk Kanunu Medenisinde bulunan boşanma sebeplerine iki yeni boşanma sebebi daha eklenmiştir²⁸⁷.

2.1.3. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununda Boşanmanın Düzenlenişi

Boşanmaya ilişkin düzenlemeler dikkate alındığında eski ve yeni olarak adlandırılabilir sistem farklılığı olduğu görülmektedir. Bu iki sistem arasında temel bazı farklılıkların olduğunu söylemek mümkündür. Eski sistem olarak ifade edilebilen sistemin temel özellikleri öncelikle iradenin boşanmada rol oynamaması; kanunda belirtilen özel sebeplerin gerçekleşmesi ve boşanmanın kusur esasına dayanması olarak ifade edilebilir. Yeni sistemin özellikleri ise boşanmada eşlerin iradesinin ön planda olması boşanmanın kusura dayalı olmaktan çıkması ve evliliğin temelinden sarsılması esasına dayalı boşanma anlayışıdır²⁸⁸.

²⁸⁶ Atmaca Ülkü, s. 14.

²⁸⁷ Özdemir, s. 30.

²⁸⁸ Özdemir, s. 31.

Kıta Avrupa'sında eski olarak ifade edilen boşanmaya ilişkin sistemin ülkeden ülkeye değişen yıllara bağlı olarak terk edildiği yeni modern sistem olarak kabul edilen sisteme geçildiği görülmektedir²⁸⁹.

Türkiye'deki uygulamada ise hem eski sistemin özelliklerinin hâlen TMK'a yer aldığını hem de yeni sisteme ilişkin özelliklerin 1988 yılında yapılan değişikliklerin ilâve edilmesi ile oluşan karma bir sistemin olduğunu görmekteyiz²⁹⁰.

TMK'nın bugünkü uygulamasında özel boşanma sebepleri olarak zina (md.161), hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış (md.162), suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (md.163), terk (md.164), akıl hastalığı (md.165) düzenlemelerine yer verilmektedir.

Ayrıca genel boşanma sebepleri olarak da evlilik birliğinin sarsılmasının (md.166/1, 2) genel bir boşanma sebebi olarak düzenlendiği görünmektedir²⁹¹. Bu genel boşanma sebebinin devamında anlaşmalı boşanma (md.166/3) olarak ifade edilen eşlerin kendi aralarında ki anlaşmasına bağlı olarak hâkim hükmüyle evliliği sonlandırması boşanma sebebi olarak düzenlenmiştir. Son olarak ortak hayatın kurulamaması (md.166/4) olarak ifade edilen herhangi bir sebeple boşanma davasının açılmasından sonra üç yıl evlilik birliğinin yeniden kurulamamasının boşanma sebebi olarak düzenlendiği görülmektedir²⁹².

Boşanma sebeplerinin bu şekilde özel sebepler ve genel sebepler şeklinde ayrılması, boşanma sebebi olarak kabul edilen hallerin Kanunda açıkça sayılıp sayılmadığı esasına göre yapılmaktadır²⁹³. Özel boşanma sebeplerinde Kanunda sayılan boşanma sebepleri için aranan unsurların gerçekleşmesi boşanma için yeterli görülmektedir. Genel boşanma sebepleri için Kanunda kabul edilen esas ise evlilik birliğinin eşler bakımından ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenemeyecek derecede sarsılmış olmasıdır.

Özel boşanma sebeplerinden akıl hastalığı dışındaki bütün sebepler kusura dayalı boşanma sebepleridir. Evlilik birliğinin sona ermesinden sonra asıl olan amacın eşlerin çocukların ve yakın aile bireylerinin yaşayabilecekleri evlilik birliğinin sona ermesinden

²⁸⁹ Çakın, s. 37.

²⁹⁰ Özdemir, s. 33.

²⁹¹ Ayan, s. 41; Ersöz (2019) s. 231.

²⁹² Ersöz, (2019) s. 231, Özdemir, s. 35.

²⁹³ Ayan, s. 41.

kaynaklanan olumsuzlukları mümkün olduğu seviyede azaltmak olmasına rağmen; kusur araştırmasının bu amaca yönelik eşlere ve çocuklara hiçbir faydasının olmadığı görülmektedir.

Kusura dayalı boşanma sistemi taraflar arasında sağlıklı bir boşanmadan ziyade mali hak elde etme mücadelesine sebep olabilmektedir. Örneğin edinilmiş mallara katılma sisteminde yapılan değişiklik ile kusurlu olan eşin mal paylaşımında daha az pay alabilmesi hususunda hâkimin takdir hakkının olacağına ilişkin düzenleme, eşlerin boşanma sırasında gerçekliği bile tartışılacak birçok isnatta bulunmasına da sebep olabilmektedir²⁹⁴. Dolayısıyla mevcut boşanma sisteminin, eşlerin kendi iradeleri ile kurmuş oldukları ve evlilik birliğini ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olmasına rağmen; evliliği yine eşlerin kendi iradeleri ile sonlandırmaları yerine; kanunda belirtilen özel sebeplerin varlığına ve kusurun ispatına dayalı olarak düzenlenmiş olmasının boşanmanın gerçek amacına hizmet etmediği sonucuna varılabilir.

2.2. Türk Hukukunda Boşanma Sebeplerinin Belirlenmesinde Kullanılan İlkeler

Boşanma sebepleri yukarıda açıklandığı üzere kanunda belirtilen zina (md. 161), hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış (md. 162), suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (md. 163), terk (md. 164), akıl hastalığı (md. 165) gibi özel sebeplerinden ve evlilik birliğinin sarsılması (md. 166/ 1, 2) anlaşmalı boşanma (md. 166/ 3) ve ortak hayatın kurulamaması (md. 166/4) nedeniyle genel boşanma sebeplerinden oluşur²⁹⁵.

Bu açıdan değerlendirme yapıldığında boşanma sebeplerinin özel boşanma sebepleri ve genel boşanma sebepleri şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulduğu²⁹⁶ yukarıda belirtilmişti. Özel boşanma sebeplerinden biri ile dava açılması ve iddia edilen sebebin gerçekleştiğinin ispatlanamaması hâlinde aynı sebebin daha sonra evlilik birliğinin sarsılması temeline dayandırılarak dava konusu yapılması mümkün değildir²⁹⁷. Hem doktrinde savunulan görüşe hem de Yargıtay'ın uygulamasına göre, aynı boşanma davasında hem zina, onur kırıcı davranış haysiyetsiz hayat sürme gibi özel sebeplere, hem de evliliğin sarsılması genel boşanma sebebi

²⁹⁴ Özdemir, s. 35.

²⁹⁵ Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 281.

²⁹⁶ Yener, s. 241.

²⁹⁷ Hatemi/ Serozan, s. 235.

ile terditli dava açılarak birden çok sebebe dayanılması ise mümkündür²⁹⁸. Yargıtay'ın bu uygulamasının doğru olmadığı yönünde görüşler de mevcuttur²⁹⁹. Kanaatimce usul ekonomisi bakımından da Yargıtay'ın terditli dava açılmasına olanak sağlayan görüş ve uygulaması daha isabetlidir.

Bu ayrımın yanında boşanma sebeplerinin belirlenmesinde kullanılan ilkeler dikkate alınarak da boşanma sebepleri, mutlak boşanma sebepleri nisbi boşanma sebepleri şeklinde bir ayrıma tabi tutulur.

Ayrıca; kusur ilkesine dayanan boşanma sebebi, ortak hayatın kurulamaması ilkesine dayanan boşanma sebebi, irade ilkesine dayanan boşanma sebebi, evlilik birliğinin temelinden sarsılması ilkesine dayanan boşanma sebebi, elverişsizlik ilkesine dayanan boşanma sebepleri 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda yer almaktadır.

2.2.1. Mutlak Boşanma Sebepleri - Nisbi Boşanma Sebepleri

Mutlak ve nisbi boşanma sebepleri arasındaki ayrım boşanma sebebi olarak kabul edilen olgunun gerçekleşmesinin yeterli olup olmaması temeline dayanır³⁰⁰. Mutlak boşanma sebeplerinde Kanunda öngörülen hallerin gerçekleşmesi yeterli görülüp, hâkim bu hallerin evlilik birliği üzerinde etkilerini³⁰¹ inceleme yetkisi olmaksızın kesin olarak boşanmaya karar vermektedir³⁰². Nisbi boşanma sebeplerinde ise hâkim Kanunda öngörülen halin gerçekleşmesinin yanında ayrıca *“bu sebeplerden ötürü birlikte yaşamayı diğer eşten beklenip beklenmediği”, “ortak hayatın diğer eş için çekilmez hâle gelip gelmediği”, “ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılıp sarsılmadığı”* değerlendirmesini yaparak karar vermektedir³⁰³.

²⁹⁸ **Tekçe Barut, Fatma Nur**, Boşanma Sebebinde Terdit, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 20, Sayı 41, Yıl: 2021, s. 980.

²⁹⁹ **Tekçe Barut**, s. 980.

³⁰⁰ **Hatemi/ Serozan**, s. 219.

³⁰¹ **Gençcan** (2020), s. 130.

³⁰² **Kılınç, s. 199; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar**, s. 282; **Hatemi/ Kalkan Oğuztürk**, s. 98.

³⁰³ **Gençcan** (2020), s. 130; **Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar**, s. 282, **Hatemi/ Kalkan Oğuztürk**, s. 99.

Kanunda öngörülen hallerin gerçekleşmesi hâlinde hâkimin takdir hakkının olmaması ve kesin olarak boşanmaya hükmetmesi gerektiği öngörülmüş olduğu hallerde boşanma sebebi mutlak boşanma sebebidir³⁰⁴.

Kanunda belirtilen hallerin gerçekleşmiş olması dahi hâkimin kesin olarak boşanmaya hükmetmesi için yeterli görülmeyp; ancak kanunda belirtilen halin ortak yaşamı çekilmez hâle getirmesi durumunda boşanmaya karar vermesi mümkün görüldüğü hâlde ise nisbi boşanma sebebi söz konusudur³⁰⁵.

Görüldüğü üzere hâkimin Kanunda sayılan özel sebeplerin gerçekleşmesi hâlinde kesin olarak boşanmaya hükmetmek zorunda olduğu veya Kanunda belirtilen halin ortak yaşamı çekilmez hâle getirip getirmediği incelemesi yaparak karar vermek zorunda olduğu dikkate alınarak değerlendirme yapılması hâlinde boşanma sebeplerinin mutlak boşanma sebepleri ve nisbi boşanma sebepleri şeklinde ayrıma tabi tutulduğu görülmektedir³⁰⁶.

Zina sebebiyle boşanmanın Kanunda düzenlenişinde; ‘birlikte yaşaması diğer eşten beklenemeyeceği’ ya da ‘ortak hayatı sürdürmeleri eşlerden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olması’ gibi koşullara yer verilmemiştir (md. 161). Kanun hükmünde bu mahiyette koşula yer verilmemiş olmasından; hâkimin zinanın gerçekleşmesi hâlinde kesin olarak boşanmaya karar vermek zorunda olduğu anlaşılmaktadır. Yani zina gerçekleşmişse hâkim ayrıca zinanın ortak yaşamı çekilmez hâle getirip getirmediği incelemesi yapmayacaktır³⁰⁷. Kanun hükmünün düzenleniş tarzından zinanın mutlak bir boşanma sebebi olduğu anlaşılmaktadır³⁰⁸.

Hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış sebebiyle boşanmanın düzenlenişinde de “birlikte yaşaması diğer eşten beklenemeyeceği” ya da “ortak hayatı sürdürmeleri eşlerden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olması” gibi koşullara yer verilmediği

³⁰⁴ **Hatemi/ Serozan**, s. 219; **YHGK.,E. 2017/2289, K. 2020/939, T. 25.11.2020**; “Kanun koyucu özel mutlak boşanma sebepleri konusunda belirli bir olayın gerçekleşmesi şartını aramıştır. Özel mutlak boşanma sebebine dayalı bir davada “kanunun aradığı belli şart” gerçekleştiği takdirde artık hâkim, genel boşanma ve özel nispi boşanma sebebine dayalı davaların aksine “evliliğin çekilmez hâle gelip gelmediğini” incelemeksizin boşanma kararı vermek zorundadır. Zira kanun koyucu; özel mutlak boşanma sebeplerinden birinin varlığı hâlinde, ortak hayatın çekilmez hâle geldiğini kabul etmiştir”.

³⁰⁵ **Hatemi/ Serozan**, s. 219.

³⁰⁶ **Gençcan (2020)**, s. 130.

³⁰⁷ **Hatemi/ Serozan**, s. 219.

³⁰⁸ **Gençcan (2020)**, s. 133; **Hatemi/ Kalkan Oğuztürk**, s. 99.

görülmektedir (md. 162). Dolayısıyla hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış sebebiyle boşanma davası açılması hâlinde de; yine hâkim dava gerekçesi olan davranışın ayrıca ortak yaşamı çekilmez hâle getirip getirmediği incelemesi yapmayacaktır³⁰⁹. Bu hükmün düzenleniş tarzından da yine zinada olduğu gibi hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranışın da mutlak bir boşanma sebebi olduğu anlaşılmaktadır.

Özel boşanma sebepleri içerisinde yer alan terk hâlinde de 161. ve 162. maddelere benzer bir düzenleme yapılmıştır. Yani hâkimin dava gerekçesi olan davranışın ayrıca ortak yaşamı çekilmez hâle getirip getirmediği incelemesi yapmasına imkân verecek tarzda düzenlenmemiştir³¹⁰. Dolayısıyla hâkim terk nedeniyle dava açılabilmesi için 164. madde de aranan koşulların gerçekleşmesi hâlinde boşanma kararı vermek zorundadır. Bu nedenle ‘terk’ in de mutlak bir boşanma sebebi olduğu anlaşılmaktadır³¹¹.

Zinada aranan koşulların gerçekleşmiş olmasına rağmen zinanın gerçekleşmesinin üzerinden beş yıl, ya da boşanma sebebini öğrenmesinden başlayarak altı ay geçmesi nedeniyle dava zamanaşımına uğramaktadır. Dava hakkı zamanaşımına uğrayan eşin daha sonra 166/1. madde gerekçesiyle dava açması mümkündür. Yani dava açma hakkı olan eş her ne kadar boşanma sebebini öğrenmesinden başlayarak altı ay ve zina eyleminden itibaren beş yıl içinde dava açmasa da bu durum kendisinin dava açma hakkını tamamen ortadan kaldırmamaktadır³¹². Zinanın dava açma hakkı olan eş açısından, ortak hayatı sürdürmesi kendisinden beklenmeyecek derecede evlilik birliğini temelinden sarsmış olması hâlinde 166. maddede düzenlenen ‘evlilik birliğinin sarsılması’ gerekçesiyle dava açmasına engel yoktur.

Hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış sebebiyle boşanma davası açılmasında da zina sebebiyle dava açılması hakkına benzer durum ortaya çıkar. Çünkü hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış sebebiyle boşanma davası açma hakkının düzenlendiği md. 162 de zinada olan süreye ilişkin düzenlemelerin aynısına yer verilmiştir. Yani dava hakkı olan eşin hayatına kast ya da pek kötü veya onur kırıcı davranışın öğrenilmesinden itibaren altı ay ve davranışın gerçekleşmesinden itibaren beş yıl içinde dava açmaması hâlinde dava hakkı sona ermektedir (md. 162/2,3).

³⁰⁹ Gençcan (2020), s. 130.

³¹⁰ Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 99.

³¹¹ Gençcan (2020), s. 130.

³¹² Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 100.

Mutlak boşanma sebeplerinden olan terk hâlinde de kanunda aranan diğer koşulların gerçekleşmiş (md. 164/1,2) olması hâlinde kesin olarak boşanmaya karar verilecekse de³¹³; terk sebebiyle dava açmayan eş açısından terk halinin ortak hayatı sürdürmesi kendisinden beklenmeyecek derecede temelinden sarılması hâlinde 166. maddede düzenlenen ‘evlilik birliğinin sarsılması’ gerekçesiyle dava açmasına bir engel yoktur.

Görüldüğü üzere mutlak boşanma sebepleri ile dava açma hakkı olan eşin, bu gerekçelerle dava açmamış olması hâlinde genel boşanma sebebine dayanarak dava açması mümkündür.

Suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme sebebine dayanarak açılacak boşanma davasında Kanun hükmünde açıkça gerçekleşen ‘sebeplerden ötürü onunla birlikte yaşaması diğer eşten beklenemezse’ (md. 163) denilmek suretiyle dava açılması için aranan koşulların gerçekleşmiş olmasının kesin olarak boşanmaya karar verilmesine yeterli olmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla hâkim ‘suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme’ sebebine dayanarak açılacak boşanma davasında ayrıca dava hakkı olan eşin diğeri ile birlikte yaşamasının ondan beklenemeyecek derecede ortak yaşama etki edip etmediği incelemesini de yapmak zorundadır³¹⁴. Buradan suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme sebebine dayanarak açılacak boşanma davasının nisbi bir boşanma sebebi olduğu anlaşılmaktadır.

Eşinin akıl hastası olması sebebiyle diğer eşin boşanma davası açması hâlinde de Kanun hükmünde “*akıl hastalığı yüzünden ortak hayat diğer eş için çekilmez hâle gelirse*” (md. 165) denilmek suretiyle dava açılması için aranan, diğer eşin akıl hastası olması koşulunun gerçekleşmiş olmasının kesin olarak boşanmaya karar verilmesine yeterli olmadığı anlaşılmaktadır. Yani akıl hastalığına dayanarak açılacak boşanma davasında da hâkimin sadece akıl hastalığının mevcut olup olmadığı ve hastalığın geçmesine olanak bulunmadığına ilişkin resmî sağlık kurumundan alınan raporun olup olmadığı incelemesini yapması yeterli olmayacaktır. Aynı zamanda hâkim bu halin akıl hastalığı sebebiyle dava açma hakkı olan eş bakımından, akıl hastalığı yüzünden ortak hayatın çekilmez hâle gelip gelmediğini de inceleyecektir. Buradan akıl hastalığı sebebine dayanarak açılacak boşanma davasının da nisbi sebebe bir boşanma sebebi olduğu anlaşılmaktadır³¹⁵.

³¹³ Gençcan (2020), s. 341.

³¹⁴ Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 100.

³¹⁵ Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 101.

Mutlak boşanma sebebi - nisbi boşanma sebebi ayrımı özel boşanma sebeplerinde olduğu gibi genel boşanma sebeplerinde de görülür. Genel boşanma sebepleri içerisinde kendilerinden ortak hayatı sürdürmeleri beklenemeyecek derecede evlilik birliğinin temelinden sarsılması hali (md.166/1) nisbi boşanma sebebidir.

Anlaşmalı boşanma yani eşlerin boşanma talebiyle birlikte başvurusu, birinin açtığı davayı diğerinin kabul etmesi (md.166/3) veya boşanma sebeplerinden biriyle açılan davanın reddedilmesinden itibaren üç yıl geçmesine rağmen ortak hayatın kurulamamış olması(md.166/4) hali ise mutlak boşanma sebebidir. Yani açılan boşanma davasında Kanun hükmünde sayılan evliliğin en az bir yıl sürmüş olması koşuluyla; eşlerin davayı birlikte açması veya birinin açtığı davayı diğerinin kabul etmesi durumunda hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması ya da hâkimin (md.166/3), tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişikliklerin taraflarca kabul edilmesi hâlinde hâkim boşanmaya karar vermek zorundadır. Bunun yanında boşanma sebeplerinden biriyle açılan davanın reddine karar verilmesi hâlinde kararın kesinleşmesinden itibaren üç yıl geçmesine rağmen ortak hayatın kurulamamış olması (166/4) hâlinde yine evlilik birliği temelinden sarsılmış sayıldığından hâkim mutlak olarak boşanmaya karar vermek zorundadır³¹⁶.

Ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenemeyecek derecede temelinden sarsıldığı iddiasıyla dava açılması hâlinde; hâkim delilleri bizatihi kendisi değerlendirerek evlilik birliğinin ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenemeyecek derecede sarsılmış olup olmadığı incelemesini yaparak boşanmaya ilişkin karar verebilecektir³¹⁷. Buradan da anlaşılmaktadır ki TMK md. 166/1 hükmünde geçen boşanma gerekçesi nisbi nitelikte; TMK md. 166/3, 4 hükmünde geçen boşanma sebepleri ise mutlak nitelikte boşanma sebebi olarak karşımıza çıkar.

³¹⁶ Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 102.

³¹⁷ Velidedeoğlu, s. 183, “Hâlbuki kusur evlilik birliğinin kökünden sarsıldığını belirtmez; olsa olsa bu birliğin sarsılmasında diğer birçok sebepler gibi sadece bir sebep olabilir. Demek ki sadece kusur prensibi boşanmada gerçek ve objektif İhtiyaca cevap vermekten uzaktır”.

2.2.2. Kusur İlkesine Dayanan - Kusur İlkesine Dayanmayan Boşanma Sebepleri

Günümüzde boşanmanın Kanunda öngörülen bir sebebe dayanması ve hâkimin Kanunda belirtilen sebeplerin gerçekleşip gerçekleşmediği incelemesi yapması ve hâkimin kararı ile boşanmanın gerçekleşmesi uygulaması kabul edilmiştir³¹⁸.

Öncelikle kusurun hem boşanmanın sebeplerinde hem de boşanmanın sonuçları üzerinde etkili olduğunu belirtmek gerekir. Kusur ilkesine dayalı olan- olmayan boşanma sebeplerinin belirlenmesinde, kusur boşanmanın sebeplerinde dikkate alınarak ayırım yapılmaktadır.

Kusur ilkesine göre; boşanma ancak ve ancak kusurlu bir davranış var ise istenebilir³¹⁹ ve boşanma davasını kusurlu olmayan eş açabilir³²⁰. Kusur ilkesi hiç kimsenin kendi kusurlu davranışıyla hukuken korunan bir menfaati elde edememesi gerektiği prensibine dayanır³²¹. Böylece evlilik birliği içinde daha az kusurlu olan eşin korunması amaçlanmıştır³²². Kusura dayalı boşanma sebeplerinden biriyle boşanma davası açılabilmesi için davalı tarafın az da olsa kusurlu olması gerekmektedir. Davacı olabilmek için aranan koşul ise; davacı tarafın ya kusursuz ya da davalı taraftan daha az kusurlu olmasıdır.

Kusur prensibine göre boşanmaya karar verilebilmesi için eşlerden birinin kusurlu olması zorunludur. Her iki eşinde kusursuz olması hâlinde ise kusur ilkesine dayalı bir boşanma davası açılması mümkün değildir³²³. Kusur ilkesine göre, davada dayandırılan kusurlu davranışın ne olduğu açıklanmalıdır. Dava tarihinden sonra gerçekleşmiş kusurlu davranışlara dayanılarak hüküm kurulamaz³²⁴.

Kusura dayalı boşanma sebeplerinde davanın açılmasına sebep olan eşin dava gerekçesi olan davranışları kusurlu olarak işlemesi gerekir. Buda zorunlu olarak eylemin gerçekleştiği sırada ayırt etme kabiliyetine sahip olunmasını gerektirir. Kısaca; kusura dayalı boşanma

³¹⁸ Ceylan (2018), s.317; Kayıhan/ Ünlütepe, s. 291.

³¹⁹ Gençcan (2020), s. 107.

³²⁰ Ceylan (2018), s.321; Köprülü/ Kaneti, s. 151.

³²¹ Gözütok, s. 23.

³²² Aras (2011), s. 13.

³²³ Gözütok, s. 23; Köprülü/ Kaneti, s. 151.

³²⁴ Gençcan (2020), s. 120.

sebeplerinde eylemi gerçekleştiren eşin kanunda boşanma sebebi olarak belirtilen davranışları bilinçli olarak ve isteyerek yapması gerekir.

Boşanmanın sadece kusura dayandırılması hâlinde, eşlerden birinin akıl hastalığının olması, eşlerin olayları algılama ve değerlendirmeleri arasında ciddi farklılıkların olması veya eşlerin karakterleri arasında uyumsuzluk olması gibi hallerde her ne kadar evlilik birliği sarsılmış olursa olsun boşanma gerekçesi oluşmadığı için boşanma davası açılması mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla boşanmanın sadece kusur ilkesine dayandırılması hâlinde birey olarak hiçbir kusurlu davranışı olmayan; fakat eşiyle aile birlikteliği içinde yaşayamayacak derecece farklı karakterlerde yaratılan kişilerin evlilik birliğini sona erdirmeleri olanağı da kalmamaktadır.

Boşanma davasının salt kusur ilkesine dayandırılması hâlinde; toplumun en temel birimi olarak kabul edilen aile birliği, aslında aile birliği kurulmasıyla güdülen amaca hiç hizmet etmeyecek hâle dönüşmüş olmasına rağmen hukuken sona erdirilememektedir. Bu hâlde de evlilikler kanundaki boşanma sebeplerinin sadece kusura dayandırılması nedeni ile zoraki bir şekilde devam etmektedir. Bu tür uygulamalar sonucunda boşanmanın tarihî süreç içinde Katolik inancında görüldüğü gibi tamamen yasaklanmasına benzer sonuçlar doğacaktır. Böyle bir evliliğin topluma, aile bireylerine ve eşlerin birbirlerine karşı sağlaması beklenen hiçbir faydayı sağlamayacağı ortadadır³²⁵.

Kusur ilkesinin mutlak olarak kabul edilmesi, boşanmak için eşlerin birbirlerine sürekli gerçek dışı kusur yükleyeceği, evliliği sürdürmelerinin mümkün olmadığı hallerde dahi eşlerin bir kusuru olmamasının boşanmayı engellediği düşünceleri ile eleştirilmiştir³²⁶.

Kusur ilkesinin böyle katı şekilde uygulanmasının doğuracağı olumsuz neticeler göz önünde bulundurularak Türk Medeni Kanunu'nda kusur ilkesinin yanında diğer ilkelere de yer verilmiştir. Bu arada boşanma hususunda var olan hiçbir ilke Türk Medeni Kanunu'nda tek başına uygulanmamaktadır. Buna karşın Türk Medeni Kanunu'nda akıl hastalığı dışındaki özel boşanma sebeplerinden; zina (md.161), hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış

³²⁵ Gözütok, s. 24.

³²⁶ Ceylan, (2018), s. 320.

(md.162), suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (md.163) ve terk (md.164) nedeniyle boşanma sebepleri kusura dayalı boşanma sebebi olarak hâlen yerini muhafaza etmektedir³²⁷.

2.2.3. Evlilik Birliğinin Sarsılması İlkesine Dayanan Boşanma Sebepleri

Evlilik birliğinin sarsılması, evliliğin amaç ve işlevini yok etmekte ve hem aile bireyleri hem de toplum için faydasız hatta zararlı hâle dönüştürmektedir. Gerekçesi ne olursa olsun düzeni bozulmuş evliliği devam ettirmeye zorlamak da aile bireyleri için aile birliğini giderek keder ve üzüntü kaynağı haline dönüştürmektedir³²⁸. Evlilik birliğinin sarsılması esasına dayalı olan boşanma sebebi objektif esaslara dayanmaktadır³²⁹. Evlilik birliğini birçok vakıa sarsabileceğinden; evlilik birliğinin sarsılmasını belirli bir sebebe dayandırmak da mümkün değildir³³⁰. Bu nedenle evlilik birliğinin sarsılması nedeniyle boşanma sebebinde -zina, hayata kast, pek kötü ya da onur kırıcı davranış veya terk de olduğu gibi- hangi olguların evlilik birliğini sarsacağı tek tek belirtilmemiştir³³¹.

Evlilik birliğinin sarsılması boşanma sebebinde Kanunda boşanma sebebi olarak belirtilen halin ortaya çıkmasında eşlerin bilinçli olarak ve belirli bir sonucu elde etme niyetiyle hareket edip etmemesinin bir önemi yoktur. Evlilik birliğinin sarsılması boşanma sebebinde meydana gelen vakıanın gerçekleşmesinde tarafların kusurlu olması değil; vakıanın evlilik birliği üzerinde oluşturduğu etki dikkate alınır³³². Evlilik birliğinin sarsılması boşanma sebebi taraflardan birinin kusurlu davranışı ile gerçekleşebileceği gibi tarafların tamamen iradesi dışında hatta yaradılışlarından kaynaklanan sebeplerden dahi kaynaklanabilir³³³. Bu nedenle evlilik birliğinin sarsılması boşanma sebebinin diğer bütün boşanma sebeplerini de kapsayıcı nitelikte olduğunu söylemek mümkündür.

Herhangi bir vakıa evlilik birliğinin sarsılmasının gerekçesi olabilir³³⁴. Evlilik birliğini hangi vakıaların sarsacağını önceden tek tek belirlemek mümkün olmadığından evlilik

³²⁷ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 105- 115; Gençcan (2020), s. 124.

³²⁸ Köprülü/ Kaneti, s. 152.

³²⁹ Gözütok, s. 25.

³³⁰ Gençcan (2020), s. 129.

³³¹ Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 103.

³³² Velidedeoğlu, s. 185; Gözütok, s. 25, Anıl, s. 21, Köprülü/ Kaneti, s. 152 "Evlilikte meydana gelen düzen bozukluğu evliliğin amaç ve işlevini yok etmekte ve devamını toplumsal açıdan gereksiz kılmaktadır".

³³³ Köprülü/ Kaneti, s. 152.

³³⁴ Gençcan (2020), s. 129; Tekben, s. 1086.

birliğinin sarsılıp sarsılmadığını belirleme yetkisi hâkime verilmiştir³³⁵. Evlilik birliğinin sarsılması ilkesine göre hâkim, evlilik birliğinin sarsılıp sarsılmadığı ve evlilik birliğinin devamında bir fayda kalıp kalmadığı hususunda yapacağı inceleme ile boşanma kararı verecektir³³⁶.

Evlilik birliğini temelinden sarsan vakıalar kusur ilkesine dayanan boşanma sebepleri olabileceği gibi kusur ilkesine dayanmayan boşanma sebepleri de olabilir³³⁷. Bunun yanında her vakıa her evlilikte aynı etkiye sebep olmayacaktır. Bu nedenle eşler arasında yaşanan hadise ne olursa olsun evlilik birliğini sarsıp sarsmadığının her evlilik birliğinde belirlenmesini hâkimin takdir yetkisine bırakılmasını zorunlu kılmaktadır³³⁸.

Evlilik birliğinin sarsılması ilkesine göre eşlerden her biri evlilik birliğinin, ortak hayatın sürdürülmesi kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılması hâlinde boşanma davası açabilir (166/1). Buna göre boşanma sebebi; eşlerden en az biri için evlilik birliğinin ortak hayatı sürdürmesi kendisinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olmasıdır³³⁹.

Evlilik birliğinin sarsılması hâlinde hâkim derhal boşanmaya karar vermemektedir. Açılan davada davacının kusurunun daha ağır olması hâlinde, davalıya açılan davaya itiraz etme hakkı tanınmıştır³⁴⁰. Sadece itiraz etmiş olmak davanın reddedilmesi için yeterli değildir³⁴¹. Evlilik birliğinin sarsılması kusura dayanan boşanma sebebi olmamakla birlikte, davaya itiraz hâlinde hâkime tarafların kusur derecesini de inceleme görevi vermiştir. Yapılan itirazın, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olması ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamış olması hâlinde davacı taraf daha kusurlu olsa dahi hâkim itirazı reddedip boşanmaya karar verebilir³⁴². Buna göre açılacak boşanma davasında kusurun, davanın sonucunu kesin olarak değiştiren bir etken olarak

³³⁵ Gençcan (2020), s. 129; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 103.

³³⁶ Gözütok, s. 25; Aras (2011), s. 15; Tekben, s. 1079.

³³⁷ Köprülü/ Kaneti, s. 152; Tekben, s. 1081.

³³⁸ Gençcan (2020), s. 129.

³³⁹ Köprülü/ Kaneti, s. 152; Tekben, s. 1078.

³⁴⁰ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.118; Akıntürk, Turgut/ Ateş, Derya, Medeni Hukuk. 24. Baskı, İstanbul: Beta, Yıl: 2016, s. 273.

³⁴¹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 118; Akıntürk/ Ateş, s. 273.

³⁴² Tekben, s. 1082.

öngörülmediği anlaşılmaktadır. Evlilik birliğinin sarsılması ilkesinde esas ilke evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalıp kalmadığıdır³⁴³.

Boşanmanın hangi sebebe dayanacağı hususunda ilkelerin belirlenmesinde giderek evlilik birliğinin sarsılması ilkesi benimsenmekte; kusur ilkesi ise terk edilmektedir. TMK’da kusur ilkesine dayanan düzenlemeler hâlen yer almakla birlikte ülkemizdeki uygulamada da artık giderek kusur ilkesine dayanan boşanma sebeplerinden ziyade evlilik birliğinin sarsılması ilkesine dayanan boşanma sebepleriyle dava açıldığı görülmektedir. Öyle ki 1997-2003 arasında Devlet İstatistik Kurumu kayıtlarına göre, evlilik birliğinin sarsılması esasına dayalı olarak boşanma davası açılması yüzde 93-95 oranını bulduğu görülmüştür. Kusur ilkesine dayanan zina (md.161), hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış (md.162), suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (md.163) ve terk (md.164) nedeniyle açılan davaların toplam oranı ise sadece yüzde 3- 3,5 aralığında kalmıştır.

Kusur ilkesine dayanan “zina”, “hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış”, “suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme” ve “terk” ve kusurun aranmadığı akıl hastalığı nedenlerinin evlilik birliğinin temelden sarsılmasının özel örnekleri olduğunu söylemenin mümkün olduğu kanaatindeyim. Çünkü ancak evlilik birliğinin temelden sarsılmasına sebep olan aldatma, kötü muamele, kötü hayat tarzı, terk veya akıl hastalığı boşanma davası açılmasına gerekçe olacaktır.

Türk Medeni Kanunu’nda yer alan boşanma sebepleri sadece kusur ilkesine göre değerlendirip ayırım yapılması hâlinde; zina (md.161), hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış (md.162), suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (md.163) ve terk (md.164) nedeniyle boşanma sebepleri kusur ilkesine dayalı olan boşanma sebepleridir³⁴⁴.

Özel boşanma sebeplerinden olan akıl hastalığı (md.165), evlilik birliğinin sarsılması (md.166/1), anlaşmalı boşanma (md.166/3) ve ortak hayatın kurulamaması hallerinin ise (md.166/4) kusura dayanmayan boşanma sebepleri olduğu görülmektedir.

³⁴³ **Ünlütepe, Mustafa**, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılmasına Dayalı Boşanma. Ankara: Seçkin Yayınevi. Yıl: 2019, s. 179; **Yılmaz, Çiğdem**, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebiyle Boşanmada Tarafların Kusuruna İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2, Sayı 2, 2016, s. 157.

³⁴⁴ **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, s. 105-115.

2.2.4. Elverişsizlik İlkesine Dayanan Boşanma Sebepleri

Elverişsizlik ilkesi de boşanma sebeplerinin belirlenmesinde dikkate alınan bir başka kriterdir³⁴⁵. Eşlerden birinin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirme olanağından yoksun olması hali elverişsizlik olarak nitelenmektedir³⁴⁶. Evlilik birliği eşlere evlilik dolayısıyla özellikle, evlilik birliğini yönetme (TMK. md. 186), evlilik birliğini temsil etme (TMK. md. 188), birbirlerine yardımcı olma (TMK. md. 186), çocuklarını koruma, gözetme ve özen gösterme (TMK. md. 185, 335, 339) ve aile birliğini hukuksal olarak da koruma yükümlülüğü yüklemektedir (TMK. md. 189).

Elverişsizlik ilkesi eşlerin kanundan doğan, eşlerin birbirine ve çocuklarına karşı yükümlülükleri yerine getirememesi hâlinde; evliliğin artık gerçek amaç ve işlevini kaybettiği kabulüne dayanır³⁴⁷. Elverişsizlik gelecek nesiller için tehlikeli olacak hastalığın olması, cinsi yolla bulaşan bulaşıcı hastalıklar, kısırlık, akıl hastalığı, iktidarsızlık ve uyuşturucu madde bağımlılığı gibi sebeplerden kaynaklanabilir³⁴⁸.

Akıl hastalığı Türk Medeni Kanunu'nda elverişsizlik ilkesine dayanan bir boşanma sebebidir³⁴⁹. “Eşlerden biri akıl hastası olup da bu yüzden ortak hayat diğer eş için çekilmez hâle gelirse, hastalığın geçmesine olanak bulunmadığı resmî sağlık kurulu raporuyla tespit edilmek koşuluyla bu eş boşanma davası açabilir”(md.165). Akıl hastalığı hâlinde boşanma sebebi; eşinin akıl hastası olması nedeniyle ortak hayatın diğer eş için çekilmez hâle gelmesidir³⁵⁰.

Akıl hastalığı “*akıl hastaları, evlenmelerinde tıbbî sakınca bulunmadığı resmî sağlık kurulu raporuyla anlaşılmadıkça evlenemezler*” hükmü (md.133) ile bir evlenme engeli olarak sayılmıştır. Bu hükümden anlaşıldığı üzere bütün akıl hastalıkları evlenmeye engel değildir³⁵¹.

³⁴⁵ Gözütok, s. 26.

³⁴⁶ Gençcan (2020), s. 122.

³⁴⁷ Aras (2011), s. 18, Anıl, s. 21.

³⁴⁸ Gençcan (2020), s. 123; Köprülü/ Kaneti, s. 152.

³⁴⁹ Aras (2011), s. 18.

³⁵⁰ Gözütok, s. 26.

³⁵¹ YHGK.,E. 2015/167, K. 2015/1328, T. 13.05.2015; “4721 sayılı Türk Medeni Kanunu(TMK)’nun 133 üncü maddesi “akıl hastaları, evlenmelerinde tıbbî sakınca bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporuyla anlaşılmadıkça evlenemezler” hükmünü içermektedir. Bu hükümden anlaşılabacağı üzere, akıl hastalığı kural olarak kesin evlenme engellerinden biridir. Ancak bu engel her türlü akıl hastalığını kapsamamaktadır. Gerçekten, mevcut akıl hastalığının evlenme bağlamında herhangi bir sakınca doğurmayacağı resmi sağlık kurulu raporuyla belgelendiği takdirde, bu hastalığa yakalanmış olan bir kişinin evlenmesine engel olunamayacaktır”.

Evlenmeye engel olmayan akıl hastalığının boşanma sebebi olabilmesi için evlilikten önce var olup olmamasının bir önemi de yoktur. Aynı zamanda bu halin varlığına eşlerden birinin kusurlu bir davranışının sebep olduğunu araştırmak gerekmediği gibi, akıl hastalığı mutlak boşanma sebeplerinden biri olduğu için; hastalığı olan eşin bilerek ve isteyerek diğer eş için ortak hayatın çekilmez hâle gelmesine sebep olduğunu araştırmaya da gerek yoktur.

2.2.5. İrade İlkesine Dayanan Boşanma Sebepleri

İrade prensibine göre boşanma aynı evlenme de olduğu gibi eşlerin iradesi ile gerçekleşebilmelidir. Eşlerden sadece birinin irade açıklaması ile boşanmanın gerçekleştiğinin kabul edilmesi hâlinde; serbest boşanma ilkesi kabul edilmiş olacaktır. Serbest boşanma ilkesinin kabul edilmesi hâlinde ise boşanmaya ilişkin kanunda yer alan bütün düzenlemelerden vazgeçilmiş olacaktır. İki eşin de boşanma konusunda ortak irade göstermeleri hâlinde ise anlaşmalı boşanma söz konusu olur. İki eşin boşanma hususunda ortak irade ortaya koyması evlilik birliğinin sarsıldığına karine olarak kabul edilecek olursa; bu durumda da evlilik birliğinin temelinden sarsılması ilkesi uygulama alanı bulacaktır³⁵².

Evlenme sırasında eşlerin iradesine evlenmeye yeter seviyede değer verilmesine rağmen; evlilik birliğinin kurulmasından sonra eşlerin birbirlerine karşı hak ve yükümlülükler edindikleri ve dolayısıyla evlenme sırasında yeterli görülen iradenin boşanma için yeterli olmayacağı görüşü ile boşanmada irade prensibinin geçerli olması eleştirilmiştir³⁵³. Kanun Koyucunun görüşü de bir süre bu istikamette olmuş ve irade prensibine 743 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda 3444 sayılı Kanun ile 1988 yılında yapılan değişikliğe kadar yer verilmemiştir.

Eşlerden birinin talebi veya eşlerin anlaşması hâlinde irade ilkesine göre boşanma çeşitli hukuk sistemlerinde uygulanmaktadır. 743 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda 3444 sayılı Kanun ile 1988 yılında yapılan değişiklik, 4721 sayılı Kanun'un 166/3 fıkrasında düzenlenen anlaşmalı boşanma hâlinde aynen muhafaza edilmiştir³⁵⁴. *Ceylan* irade ilkesine Türk Medeni

³⁵² Köprülü/ Kaneti, s. 151.

³⁵³ Velidedeoğlu, s. 183 “Gerçekten evlenme bir kadınla bir erkeğin karşılıklı iradesi sonucunda doğmaktadır. Ancak bir defa kurulduktan sonra artık tarafların şahsiyetlerini birleştiren bir bağ taraflara haklar ve ödevler yükleyen bir ilişki halini alır. Bundan dolayı evlenme tarafların iradesi ile ortadan kaldırılan herhangi bir sözleşme ile bir kutlama evlilik birliğine kuruluşunda kabul edilen irade prensibini bu birliğin bozulmasına uygulama imkân yoktur. Bu sebeple bizim hukukumuz irade prensibini kabul etmemiş ve tek taraflı iradeyi veya her iki tarafın anlaşmasını boşanma için yeterli görmemiştir”.

³⁵⁴ Ceylan, (2018), s. 321.

Kanunu'nda yer verilmesinin isabetli olduğu görüşünü benimsemektedir³⁵⁵. Kanaatimce de toplumun değışen sosyal değerlerinin dikkate alınarak anlaşmalı boşanma düzenlemesinin getirilmesi isabetli olmuştur.

TMK'da irade ilkesi dikkate alınarak düzenlenmiş olan anlaşmalı boşanma sebebine göre; evlilik birliğinin en az bir yıl sürmüş olması, eşlerin birlikte dava açması ya da birinin davasını diğ erinin kabul etmesi hâlinde, zaten eşlerin boşanma hususunda anlaşmış olması dolayısıyla evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı karine olarak kabul edilmektedir. Bu hâlde dahi hâkim derhal boşanmaya karar vermemekte, taraf iradelerinin serbestçe beyan edilip edilmediğini tespit etmek için tarafları bizzat dinlemektedir³⁵⁶. Bunun yanında taraflarca boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda anlaşmış olmaları ve hâkimin yapılan anlaşmayı uygun bulması da şarttır (md.166/3). Bu davanın gerekçesi dava taraflarının herhangi bir davranışı değil; boşanma ve sonuçları hususunda anlaşmalarıdır³⁵⁷.

Evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı karine olarak kabul edilmekle birlikte; hâkimin tarafları bizzat dinleyerek boşanma hususunda iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması (166/3) gerekli ve yeterli görülmektedir³⁵⁸.

Anlaşmalı boşanma hâlinde; evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kabul edildiğ inden hâkim artık bir kusur incelemesinde bulunmayacaktır. Öyle ki; boşanma davasının sonuçları hakkında dahi hâkim kusur incelemesi yapmayacaktır. Bu boşanma sebebinde tamamen irade ilkesi kabul edilmiş olduğ undan tarafların iradesi dikkate alınmakta; boşanmanın ne kişisel sonuçları bakımından ne de malî sonuçları bakımından kusurluluk halinin varlığı ve yokluğu incelenmemektedir³⁵⁹.

³⁵⁵ Ceylan, (2018), s. 321.

³⁵⁶ Ercan, s. 265; Gençcan (2020) s. 838; Demirbaş, Feride, Anlaşmalı Boşanma Protokolünün Taşınmazlar Üzerindeki Aynı Haklara İlişkin Hükümleri İle İlgili Bazı Hukuki Sorunlar. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. (2), Yıl: 2020, s. 563; Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 123; Koyuncu Aktaş, Nihan, Anlaşma Temeline Dayanan Boşanma Davalarında Hâkimin Yoksulluk Nafakasına Müdahalesi, İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt: 79, Sayı: 3, Yıl: 2021, s. 767; Seçer, s. 261; Ünlütepe, s. 107; Sargın, s. 366; Tekin, s. 91.

³⁵⁷ Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 124; Gençcan (2020), s. 870; Seçer, s. 261.

³⁵⁸ Demirbaş (2020), s. 564; Gençcan (2020), s. 872; Kayıhan/ Ünlütepe, s. 311.

³⁵⁹ Yücel, Sevtap, Yargıtay Kararları Işığında Anlaşmalı Boşanma Davası Sonrasında Nafaka ve Tazminat Talepleri, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 1, Yıl: 2018, s. 251.

Anlaşmaya dayalı davalarda dava taraflarının hem boşanma hem de boşanmanın malî sonuçları ve varsa çocukların durumu ile ilgili anlaşmış olmaları şart olduğundan; ortada hâkim tarafından incelenmesi gereken bir davranış ve bu davranışta kusurluluk hali söz konusu değildir³⁶⁰.

2.2.6. Ortak Hayatın Kurulamaması İlkesine Dayanan Boşanma Sebebi

Ortak hayatın kurulamaması ilkesi boşanma sebeplerinin belirlenmesinde kullanılan başka bir ilkedir. TMK’da ortak hayatın kurulamaması sebebiyle boşanma “*Boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl geçmesi hâlinde, her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilir*”(md.166/4) hükmüyle düzenlenmiştir. Bu durumda eşlerden herhangi birinin boşanma istemiyle mahkemeye başvuru yapması yeterli görülmektedir³⁶¹.

Ortak hayatın kurulamaması ilkesine göre; kanunda öngörülen üç yıllık süre içinde ortak hayatın kurulamamış olması hâlinde evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı karine olarak kabul edilmektedir³⁶².

Ortak hayatın kurulamaması sebebiyle boşanma davasında kararın kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl geçmesine rağmen her ne sebeple olursa olsun ortak hayatın kurulamamasında hangi eşin kusurlu olduğu incelemesi yapılmamaktadır³⁶³. Bu durumda boşanmaya karar verilebilmesi için eşlerden birinin istemi (166/4) yeterli olacaktır³⁶⁴. Öyle ki boşanma kararı verilmesi için daha önce açılmış boşanma davasında hangi eşin kusurlu olup, hangi eşin kusursuz olduğunun da bir önemi yoktur³⁶⁵. Yani daha önce açılmış olan davada kendi kusuru nedeniyle boşanma davasının reddedilmiş olması hâlinde dahi; kusurlu olan bu eşin dava açma hakkı vardır ve hâkim bu durumda bile kusur incelemesi yapmaksızın boşanma kararı verecektir³⁶⁶.

³⁶⁰ Yücel (2018a), s. 251.

³⁶¹ Hatemi/ Serozan, s. 238; Özgül, s. 2353.

³⁶² Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 293.

³⁶³ İpek, Ali İhsan, Türk Hukukunda Genel Boşanma Sebepleri (Son Tarihli Yayınlanmamış İçtihatlarla). Ankara: Seçkin Yayınevi, Yıl: 2008, s. 122.

³⁶⁴ Ceylan (2006), s. 26.

³⁶⁵ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 126.

³⁶⁶ Ceylan (2006), s. 26; İpek, s. 122.

Hâkimin burada kusur incelemesi yapmayacak olması sadece açılan davada kesin olarak boşanma kararının verilir verilmemesi bakımından yapılan değerlendirmede söz konusudur. Hâkimin başvuru üzerine kesin olarak boşanmaya karar vermesi gerektiğinden ayrıca boşanma kararının verilmesi için kusur incelemesi yapmayacaktır. Yoksa boşanmanın malî sonuçları üzerinde elbette kusur incelemesi yapılacaktır.

2.3. İsviçre Hukukunda Boşanmanın Düzenlenişi

İsviçre Medeni Kanunu'nda (ZGB) boşanma özel sebepler ve genel sebepler şeklinde düzenlenmişken³⁶⁷ 2000 yılında ZGB'de kusur esasına dayanan boşanma sistemi tümüyle terkedilmiş ve boşanma evliliğin temelden sarsılması karinesine dayalı hâle getirilmiştir³⁶⁸. Yapılan değişikliklerle özel boşanma sebeplerinin tamamı yasadan çıkartılmış³⁶⁹ ve kusur ilkesi de terkedilmiştir³⁷⁰. Yeni düzenleme ile boşanma iki hâlde gerçekleşmektedir³⁷¹.

Bunlardan birincisi ZGB.m.111 de düzenlenen anlaşmalı boşanma halidir. Anlaşmalı boşanma da boşanma ve kısmi anlaşmalı boşanma olarak iki şekilde düzenlenmiştir³⁷².

Diğer boşanma türü ise dava yoluyla boşanma olarak ZGB. 114. maddede düzenlenmiştir³⁷³. Bu da kendi içinde ayrılık nedeniyle boşanma, temelden sarsılma ve boşanma davasının veya karşı davanın kabulü şeklinde düzenlenmiştir³⁷⁴.

İsviçre hukukunda boşanma için benimsenen ilkeler; md.111-112'de irade ilkesi, md.114'de eylemli ayrılık ilkesi md.115'de temelden sarsılması ilkesidir³⁷⁵.

İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılan bu değişikliklerde daha sonra yeni değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden sonra; tam anlaşma halinin düzenlendiği; hükme göre; eşler beraberce boşanma isteminde bulunur ve boşanmanın sonuçları hakkında gerekli belgelerle

³⁶⁷ Schwabz, Paul/ Mimaroglu, Sait Kemal, İsviçre Ve Türkiye'de Gayri Muayyen Boşanma Sebepleri. Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 18 (02), Yıl: 1963, s. 332.

³⁶⁸ Tekben, s. 1117; Gençcan (2020), s. 127.

³⁶⁹ Tutumlu, s. 980; Gençcan (2020), s. 127.

³⁷⁰ Canarslan, s. 102.

³⁷¹ Kılıçoğlu (2004), s. 10;

³⁷² Canarslan, s.102.

³⁷³ Kılıçoğlu (2004), s. 11; Canarslan, s. 103.

³⁷⁴ Kılıçoğlu (2004), s. 11.

³⁷⁵ Ceylan, (2018) s. 319; Canarslan, s. 101.

kapsamlı bir mutabakata varıp çocukların haklarını içeren müştereken bir mutabakat sunarlarsa, mahkeme bunları ayrı ayrı ve birlikte dinler. Eşlerin dinlenilmesi birden fazla oturumda gerçekleştirilebilir³⁷⁶ (ZGB m. 111/1).

Mahkeme, boşanma isteminin ve mutabakatın, eşlerin özgür iradesine dayalı olduğuna ve ciddi şekilde düşünülmüş olduğuna, ayrıca çocukların haklarına yönelik anlaşmanın makul olduğuna kanaat getirirse, boşanmaya karar verir (ZGB m. 111/2). Kısmi anlaşma halinin düzenlendiği hükme göre; eşler, müştereken boşanmayı ve mahkemenin, boşanmanın kendilerince uyuşmaya varılmayan sonuçlarının mahkemece karara bağlanmasını talep edebilirler (ZGB m. 112/1). Mahkeme, kapsamlı mutabakatta olduğu gibi, eşlerin üzerinde uyuşmaya vardıkları boşanma istemini, boşanmanın sonuçları hakkındaki anlaşmalarını ve diğer sonuçların mahkemece hükme bağlanmasına yönelik taleplerini inceler (ZGB m. 112/1). *“Mahkeme anlaşmalı boşanmanın koşullarının oluşmadığına kanaat getirirse, boşanmanın bir dava ile talep edilmesi için her bir eşe süre verir”* hükmü (ZGB m. 113) Usul Kanunu değişikliği gerekçesiyle ZGB’ndan kaldırılmıştır³⁷⁷. Fakat ilgili hüküm aynen ZPO 288/3’e konulmuştur. Yani söz konusu hüküm İsviçre Medeni Kanunu’ndan kaldırılmış olsa da mevzuatta yerini korumaktadır.

İsviçre Medeni Kanunu 114. ve 115. maddelerinde de eşlerden birinin davası üzerine boşanma düzenlenmiştir. Ayrı yaşamadan sonra boşanma halinin düzenlendiği hükme göre; davanın açılması tarihinden önce ya da mahkemenin boşanma davası açılması için verdiği süreden önce, en az iki yıldır eşler ayrı yaşıyorlarsa, eşlerden herhangi bir boşanma davası açabilir (ZGB m. 114).

Katlanılmazlık hali nedeniyle boşanmanın düzenlendiği hükme göre de; iki yıllık süre bitmeden önce, eşlerden biri kendisine isnat edilemeyecek ağır nedenlerden ötürü müşterek hayatın katlanılamaz hal aldığı iddiasıyla boşanma davası açabilir (ZGB m. 115).

ZGB. m.116’da yer alan *“Eşlerden biri ayrı yaşam ya da katlanılmazlık gerekçesine dayalı olarak dava açar ve karşı taraf davayı kabul eder ya da karşı dava açarsa, anlaşmalı boşanmaya ilişkin hükümler kıyasen uygulanır”* hükmü de benzer hükmün ZPO’da olduğu, bu sebeple gereksiz olduğu gerekçesiyle ZGB’ndan kaldırılmıştır.

³⁷⁶ Tutumlu, s. 981.

³⁷⁷ Tutumlu, s. 981.

ZGB. m. 113. ve m.116 da her ne kadar ZGB’ndan çıkarılmışsa da; mevzuatta yerini korumaktadır. ZPO ilgili hükümlere “*müştereken verilen kapsamlı mutabakata dair dilekçeyle ilgili koşullar tamamlanmışsa, mahkeme boşanmaya karar verir ve tarafların yaptığı anlaşmayı onaylar*” (ZGB m. 288/1) olarak, boşanmanın sonuçları taraflar arasında ihtilaflıysa, dava bu hususlarla ilgili olarak nizalı dava olarak devam eder. Mahkeme tarafların rollerini dağıtabilir” (ZGB m. 288/2) şeklinde yer vermiştir.

Anlaşmalı boşanma koşulları oluşmamışsa, mahkeme tarafların boşanma hakkında verdikleri müşterek dilekçeye dayalı taleplerini reddeder ve her bir eşe dava açması için bir süre verir. Bu süre içerisinde derdestliğini korur ve olası ihtiyati tedbirler geçerliliğini korur olarak yer verilmiştir (ZGB m. 288/3).

ZGB’de yapılan değişiklikler ile özel boşanma sebeplerine yer verilmemiştir³⁷⁸. ZGB’de yapılan değişikliklerden sonra TMK’da değişiklik yapma gayesi ile hazırlanan taslak metinde ZGB’de yapılan değişiklikler çalışılmıştır. Fakat öncelikle ZGB’de yapılan değişikliklerin uygulamada görünmesi daha sonra TMK’da değişiklik yapılması görüşü hâkim olmuş ve mehz Kanunda ki değişiklikler bu gerekçe ile TMK’ya geçirilmemiştir³⁷⁹.

Görüldüğü üzere ZGB’de kusura ilişkin hükümlere yer verilmemiştir. Boşanmaya götüren sebeplerde eşlerin kusurluluğu ve kusur oranlarının tespitinin de güç olması kusur ilkesine yer verilmemesinin nedenlerinden biridir³⁸⁰. Ayrıca boşanma sonuçlarının belirlenmesinde de kusur ilkesine dayanmanın eşlere ve çocuklara zarar verme ihtimalinin yarar sağlamama ihtimalinden daha fazla olması da ZGB’de kusur ilkesine yer verilmemesinin bir diğer nedenidir³⁸¹.

³⁷⁸ Tutumlu, s. 981.

³⁷⁹ Kılıçoğlu (2004), s. 11

³⁸⁰ Ceylan (2018), s. 320.

³⁸¹ Ceylan (2018), s. 320.

2.4. 4721 Sayılı Kanundaki Boşanma Sebepleri

2.4.1. Özel Boşanma Sebepleri

Boşanma sebebi somut bir olayın gerçekleşmesine bağlanmışsa özel boşanma sebebinden, evlilik birliğinin ortak hayatın eşlerden en az biri için sürdürülmesinin beklenemeyeceği kadar temelinden sarsılmasına sebep olan herhangi bir olaya dayandırılması hâlinde ise genel boşanma sebebinden söz edilir³⁸². Boşanmanın özel sebepleri zina(m.161), hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış(m.162), suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme(m.163), terk(m.164) ve akıl hastalığıdır(m.165)³⁸³. Özel boşanma sebeplerinden terk³⁸⁴ zina ve hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış hâlinde evlilik birliğinin derin ve onarılamaz bir şekilde sarsıldığı yasa koyucu tarafından baştan karine olarak kabul edilmektedir. Aslında özel boşanma sebeplerinin özünde geçimsizlik vardır³⁸⁵. Dolayısıyla bu boşanma sebeplerinde ayrıca evlilik birliğinin sarsıldığının araştırılmasına gerek bile duyulmadan boşanmaya karar verilir. Zina ve hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış aynı zamanda genel boşanma sebebini de oluşturur³⁸⁶. Bunun yanında özel boşanma sebeplerinden zina, hayata kast pek kötü veya onur kırıcı davranış gerekçesiyle dava açma hakkı olan eşin, diğer eş i affetmesi müsterek hayatın affeden tarafça çekilmez bir durum oluşmadığını

³⁸² Ayan, s. 42; YHGK.,E. 2017/2289, K. 2020/939, T. 25.11.2020; “Boşanma sebepleri 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) 161 ve 166. maddeleri arasında özel ve genel boşanma sebepleri olarak düzenlenmiştir”.

³⁸³ Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 283, H.G.K, E. 2017/2420, K. 2019/750, T. 20.06.2019; “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”.

³⁸⁴ Schwabz/ Mimaroglu, s. 346; Y2HD.,E. 2014/1592, K. 2014/17457, T. 16.09.2014.

³⁸⁵ Schwabz/ Mimaroglu, s. 346; Y2HD.,E. 2014/1592, K. 2014/17457, T. 16.09.2014.

³⁸⁶ Y2HD.,E. 2014/1592, K. 2014/17457, T. 16.09.2014; “Türk Medeni Kanununun 161'nci maddesinde yer alan “zina”, 162'nci, maddesinde yer alan “onur kırıcı davranış”, 163'ncü maddesinde düzenlenen “haysiyetsiz hayat sürme” ve 166/1. maddesinde yer alan “evlilik birliğinin temelinden sarsılması” sebeplerine dayanmaktadır. Zina (TMK. m. 161), eşlerden birinin diğerinin hayatına kast etmesi veya pek kötü davranması ya da ağır derece onur kırıcı davranışta bulunulması (TMK.m.162) ve Türk Medeni Kanununun 164'ncü maddesinde düzenlenen terk, yasal koşullar gerçekleştiğinde başkaca hiçbir şey aranmaksızın mutlak olarak boşanmayı sağladığı için özel boşanma sebepleridir. Bu olaylar özel boşanma sebebi kabul edilmekle, evlilik birliğini derin ve onarılamaz bir şekilde sarstığı yasa koyucu tarafından baştan karine olarak kabul edilmiştir. Bu karine dolayısıyladır ki, ayrıca evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığı araştırılmamakta, olayların ispatlanması hâlinde (af veya dava hakkı düşmedikçe) boşanmaya karar verilmektedir. Bunlardan terk dışındaki 161 ve 162'nci maddede yer alan ilk ikisi, aynı zamanda Türk Medeni Kanununun 166'nci maddesinde düzenlenen genel boşanma sebebini de oluşturur. Başka bir ifade ile zina, hayata kast, pek kötü davranma veya ağır derecede onur kırıcı davranışla karşılaşan eş, dilerse bu özel sebeplerden birine ya da bir kaçına, dilerse genel boşanma sebebine dayanarak boşanma davası açabileceği gibi, özel ve genel nitelikte sebeplerinden ikisine birlikte dayanarak da boşanma talep edebilir. Bu son hâlde, kanundaki özel boşanma sebebi ispatlanmış ise, af veya dava hakkının düşmesi gibi bir durum da söz konusu değilse, özel sebebe dayanılarak boşanma kararı verilmek gerekir”.

gösterir. Bu nedenle daha sonra evlilik birliğinin sarsılması gerekçesiyle dava açması hâlinde dava dinlenmez³⁸⁷.

2.4.1.1. Zina

2.4.1.1.1. Genel Olarak

Evlenme ile eşler arasında karşılıklı haklar ve yükümlülükler doğuran hukuki bir birliktelik kurulmaktadır. TMK'ya göre eşler, evlilik birliğinin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak, bunun yanı sıra birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar (md.185). Evlilik birliğinin gerçekleşmesi ile artık eşler bireysel ve sosyal yaşamlarının birçok alanında evlilik birliğinin kendilerine yüklediği yükümlülüklerle uygun davranmak zorundadırlar³⁸⁸.

Kanunda belirtildiği gibi bu yükümlülüklerden biri de eşlerin birbirlerine karşı sadakat yükümlülüğüdür³⁸⁹. Sadakat yükümlülüğü kapsamında elbette eşlerin birbirlerine karşı cinsel sadakati de vardır³⁹⁰. Eski Türk Ceza Kanununda zina uzun yıllar boyunca suç olarak kabul edilmiş ve suç olarak Kanunda yer verilmesiyle özellikle nesebin korunması amaçlanmıştır³⁹¹. Zinanın suç olarak kabul edilmesi ile evlilik birliğine olan bağlılığın korunmaya çalışıldığı belirtilmektedir³⁹². Fakat tarihî süreç içerisinde kadın ve erkeğin aynı davranışına farklı tanımlamalar getirildiği ve farklı yaptırımlara tabi tutulduğu da gözlenmektedir³⁹³.

³⁸⁷ Velidedeoğlu, s. 228.

³⁸⁸ Gençcan, Ömer Uğur, Boşanma Hukuku, Baskı: 9, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2020: s.134

³⁸⁹ Köprülü/ Kaneti, s. 157; Gençcan (2020), s. 134; Badur, Emel / Turan Başara, Gamze, Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü Ve İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi, (2016), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 65, Sayı 1, 2016, 101 – 136, s. 103; Temiz, Yağmur, Türk İslam Hukukundan Günümüze "Zina", (2016), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 2, Yıl:2014, s. 501.

³⁹⁰ E Badur/ GT Başara, s.105; 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, Yıl: 2017, s. 645; Zevkliler/ Havuçcu/ Ertas/ Gürpınar, s. 283; Y.BGK.,E. 2017/5, K. 2018/7, T. 06.07.2018, "Eşler arasındaki sadakat yükümlülüğü, evliliğin kurulmasıyla başlayıp evlilik birliğinin herhangi bir nedenle (iptal, ölüm, boşanma vb.) sona ermesine kadar devam eder. Bu süre boyunca verilen ayrılık kararı veya eşlerin fiilen ayrı yaşamaları ya da boşanma davası açılmış olması, sadakat yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Sadakat yükümlülüğü denilince akla ilk olarak cinsel sadakat gelse de; bu boyuta ulaşmamış duygusal ilişki ve yakınlaşmalar, evlilik birliğine zarar verecek alışkanlıklar, eşlerin birbirlerinden gizli işler yapmaları, sır saklamamaları, yalan söylemeleri gibi örneklerde de sadakat yükümlülüğünün ihlali söz konusudur".

³⁹¹ Şensoy, Naci, Zina Cürmü, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 8, Sayı: 1-2, Yıl:1942, s. 81; Temiz, s. 495.

³⁹² Şensoy, 75.

³⁹³ Şensoy, 74.

Zina eşlerden birinin cinsel sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışının yaptırımı olarak düzenlenmiş kusura dayalı mutlak bir boşanma sebebidir³⁹⁴. Zinanın varlığından bahsedilebilmesi için bu vasıftaki eylemin iradi şekilde yapılması gerekir³⁹⁵. Dolayısıyla tecavüz veya bayılma etkisi altında gerçekleşen cinsi münasebette kusurun varlığından söz edilemez. Benzer şekilde kısıtlanmasına karar verilmiş, iradi davranış göstermesi mümkün olmayan akıl hastasının da zina ettiğinden söz edilemez. Bu nedenle de diğer eşin zina nedeniyle boşanma davası açma hakkı yoktur³⁹⁶.

Zina TMK'da özel ve kusura dayalı boşanma sebeplerinden biri olarak düzenlenmiştir³⁹⁷. Bunun yanında özel boşanma sebepleri evlilik birliğinin sarsılması sebebine bağlı boşanma sebebi olarak da değerlendirilir. Bu durumda öncelikle özel sebeplerin ispatı, aksi hâlde evlilik birliğinin sarsılması koşulları aranır³⁹⁸.

Toplumsal yaşam içerisinde zina kavramına verilen anlam ile hukukun zinaya verdiği anlam aynı değildir. Ekseriyetle Müslüman olan Türk toplumunda zina İslam Hukuku çerçevesinde tanımlanmaktadır. Bu açıdan değerlendirme yapıldığında İslam Hukuku açısından zina evlilik dışı ilişkilere aittir. Evli olup olmamanın bir önemi yoktur. Yani sadece evli birinin evlilik dışı ilişkisi olması gerekmez³⁹⁹.

Zina Kanunda tanımlanmamış; zinaya ilişkin doktrinde farklı görüşlere dayanılarak farklı tanımlamalara yer verilmiştir. Bu görüşlerden birçoğu zinayı, evlilik birliği hukuken devam ederken eşlerden birinin isteyerek karşı cinsiyetten biriyle cinsel ilişkide bulunması

³⁹⁴ Ersöz, (2019), s. 232; Dede, s. 645; Kayıhan/ Ünlütepe, 2017, s. 293.

³⁹⁵ Berki (1975), s. 138.

³⁹⁶ Kayıhan/ Ünlütepe, 2017, s. 293

³⁹⁷ Dede, s. 645; Kayıhan/ Ünlütepe, s.294; Yarg.2.H.D E. 2014/1592, K. 2014/17457, T. 16.09.2014, “Zina özel boşanma sebebi olup, gerçekleştiğinde evlilik birliğini derin ve onarılmaz bir şekilde sarstığı kabul edildiği için, evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığı araştırılmamakta, olayların ispatlanması hâlinde af veya dava hakkı düşmedikçe boşanmaya karar verilmektedir”.

³⁹⁸ Y2HD.,E. 2009/8440, K. 2010/12941, T. 29.06.2010; “Davalı, müteakıl boşanma davası açmış, müteakıl boşanma davasında; zina, olmazsa hayata kast, bu da olmazsa pek kötü davranış, bunun da kabul edilmemesi hâlinde haysiyetsiz hayat sürme, bu da kabul edilmediği takdirde evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanmalarına karar verilmesini istemiştir. Zina, hayata kast, pek kötü muamele ve haysiyetsiz hayat sürme özel boşanma sebebi yanında genel boşanma (TMK. m.166/1) sebebi de oluşturur. Böyle bir durum karşısında kalan eş, dilerse bu özel sebeplerin yanında genel sebebe, dilerse birine veya birkaçına birlikte dayanarak boşanma talep edebilir. Hem özel hem de genel sebebe dayanılarak boşanma davası açılmış ise, doğuracakları hukuki sonuçlar farklı olacağından öncelikle özel boşanma sebeplerinin bulunup bulunmadığı belirlenmeli, özel sebep varsa, bu sebebe dayanılarak, özel boşanma sebeplerinin gerçekleşmemesi veya özel sebebe dayalı dava hakkının düşmüş olması hâlinde, deliller, genel boşanma sebebi çerçevesinde değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmelidir”.

³⁹⁹ Hatemi/ Serozan, s. 220; Gençcan (2020), s. 134; Temiz, s. 495

olarak tanımlanmaktadır⁴⁰⁰. Bu görüşlere göre ilişki aynı cinsiyetten biriyle olmuşsa zina sayılmaz; haysiyetsiz hayat sürme olabilir ve bu davranış haysiyetsiz hayat sürme nedeniyle boşanma sebebi yapılabilir. Keza evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı genel boşanma sebebine dayanılabileceği de kabul edilmektedir⁴⁰¹.

Zina eşlerin cinsel sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışlarının yaptırımı olarak öngörülmüştür⁴⁰². Sadakat yükümlülüğüne aykırılığa daha uyumlu olduğu kanaatinde olduğum ve katıldığım bir başka görüşe göre ise “*cinsel organın ya da organların işe karıştığı her çeşit, model, şekil, biçim*” fiiller cinsel ilişki olarak nitelendirilmeli ve zina sebebiyle boşanmanın koşulu olan cinsel ilişkinin gerçekleştiği kabul edilmelidir⁴⁰³. Hukuk kurallarının ve bu kuralların tanımlanması ve yorumlanmasının toplum değerleriyle uyumlu olması hukukun düzen sağlama amaç ve işlevinin doğal bir sonucudur. Dolayısıyla toplumsal değerler ve dini inancın dikkate alınarak zina tanımlaması yapılması hâlinde; evli birinin karşı cinsiyetten biriyle fizyolojik olarak normal olan cinsel ilişkisi boşanma nedeni olarak kabul edilirken; toplumda sapıklık olarak değerlendirilen aynı cinsiyetten biriyle yaşanan anormal cinsel ilişkinin zina olarak değerlendirilmemesinin toplumsal değerlerle bağdaştırılamayacağı kanaatindeyim.

Doğaya aykırı birleşmelerin zinayı meydana getirmeyeceğini ileri süren görüşler de olmakla birlikte; benim de katıldığım görüşe göre evli birinin eşi dışında biriyle doğal olmayan cinsel ilişkisi de zina olarak nitelendirilmelidir⁴⁰⁴.

Zinanın gerçekleşmesi için ‘*tenasül uzuvlarının tam olarak birleşmesi*’ gerektiğini ileri süren görüşler olmakla birlikte yine bizim de katıldığımız ve Yargıtay’ın benimsediği görüşe göre tam birleşme olmasa da teşebbüs seviyesinde kalmış yakınlaşmalarda zina olarak kabul edilmelidir⁴⁰⁵. Hatta Yargıtay zinanın gizlilik içinde oluşmasından dolayı tam bir görgüye

⁴⁰⁰ Dede, s. 653; Dural/ Öğüz/ Gümüş, s.106, Velidedeoğlu, s. 193

⁴⁰¹ Dede, s. 653; Hatemi/ Serozan, s.220, “İslam Hukuku açısından zina evlilik dışı ilişkilerdir. Sadece evli birinin evlilik dışı ilişkisi olması gerekmez. Medeni Hukukta zina eşi dışında ve karşı cinsten birisi ile ve istenerek gerçekleştirilen cinsel ilişkidir. Karşı cinsten birisi ile olmayan ilişki zina sayılmaz haysiyetsizlik boşanma sebebi olabilir yahut genel boşanma sebebine dayanılabilir. İradi olmayan cinsi ilişkide zina sebebiyle boşanma davası açmaya hak vermez”.

⁴⁰² Dede, s. 655; E Badur/ GT Başara, s.105.

⁴⁰³ Gençcan (2020), s. 148.

⁴⁰⁴ Gençcan (2020), s. 183.

⁴⁰⁵ Gençcan (2020), s. 156.

dayanmasının güçlüğüne⁴⁰⁶ dikkat çekmekte ve kadının, yalnızken geceleyin bir başka erkeği eve almasını zinanın varlığına kanıt olarak kabul etmektedir⁴⁰⁷.

Davacı davasında birden çok boşanma sebebine birlikte dayanabilir⁴⁰⁸. Dolayısıyla davada hem özel hem de genel boşanma sebebine dayanılması mümkündür. Zina sebebiyle dava açma hakkı olan eş hem zinaya dayanarak hem de evlilik birliğinin sarsılması sebebine dayanarak boşanma davası açabilir⁴⁰⁹.

Bu iki sebebe dayalı olarak açılacak boşanma davaları arasında davaların sonuçları bakımından oluşan fark, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde kendini gösterir⁴¹⁰. TMK’da yer alan hükme göre hâkim zina veya hayata kast nedeniyle boşanmaya karar verilmesi hâlinde kusurlu eşin artık değerdeki pay oranını hakkaniyete uygun olarak azaltılabilecek veya tamamen kaldırılmasına karar verebilecektir⁴¹¹. Zina ve hayata kast hâlinde

⁴⁰⁶ **Yarg.2.H.D E.1993/7903, K. 1993/7941, T. 23.09.1993**, “Büyük bir gizlilik içinde oluşması doğal olan zina fiilinin tam bir görgüye dayanarak kanıtlanması pek nadir olmaktadır. Zina olayının varlığı bazı ipuçları, tavır ve davranışlardan çıkarılacak karinelerle kabul edilmelidir. Bu itibarla, zina için gerekli ortama girilmiş ancak elde olmayan nedenlerle eylemin tamamlanamamış olması, bir başka anlatımla eylemin eksik kalkışma derecesinde kalması da zina sebebiyle boşanma için yeterlidir”.

⁴⁰⁷ **Yarg.2.H.D E. 2015/21517, K. 2015/20095, T. 02.12.2015**, “Kadının, yalnızken geceleyin bir başka erkeği ortak konuta alması, zinanın varlığına delalet eder”; **Y2HD., E. 2014/21641, K. 2015/6508, T. 03.04.2015**; “Davacı-davalı (koca)nın, bir başka kadınla ilişkisinin olduğu ve bu kadınla aynı evde birlikte yaşadığı yapılan soruşturma ve toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Mahkemecede, maddi hadise bu şekilde tespit edilmiştir. Evli erkeğin başka bir kadınla aynı evde birlikte yaşaması, zinaya muhakkak nazarıyla bakılmasını gerektiren bir durumdur. Kocanın zinası ispatlanmıştır”; **Y2HD., E. 2019/1740, K. 2019/8744, T. 16.09.2019**; “toplanan delillerden, davalı kadının ortak konuttan ayrılarak bir süre bir başka erkekle birlikte yaşadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece de kadının sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığı sabit kabul edilmiştir. Kadının, bir başka erkekle birlikte yaşaması zinanın varlığına delalet eder”.

⁴⁰⁸ **Gençcan (2020)**, s. 183.

⁴⁰⁹ **Y.BGK., E. 2017/5, K. 2018/7, T. 06.07.2018**, “Sadakat yükümlülüğünün ihlalinin zina teşkil eden bir şekilde gerçekleşmiş olması özel ve mutlak bir boşanma sebebi olup, aldatılan eş, TMK’nın 161. maddesi uyarınca boşanma davası açabilecektir. Ancak anılan maddeye göre bu nedenle boşanma davası açma hakkı eşin zinayı öğrenmesinden başlayarak altı ay ve her hâlde zina eyleminin üzerinden beş yıl geçmekle düşer. Ayrıca aldatılan eşin zina yı affetmesi durumunda bu nedenle boşanma davası açma hakkı ortadan kalkmaktadır. Bunun yanı sıra sadakat yükümlülüğünün ihlali durumunda diğer eşin evlilik birliğinin temelden sarsıldığını belirterek ve TMK’nın 166. maddesine dayanarak boşanma davası açabilmesi mümkündür”; **Yarg.2.H.D E. 2016/2306, K. 2016/13639, T. 10.10.2016, Y2HD.,E. 2015/2116, K. 2015/15735, T. 14.09.2015**; “Zina, özel ve mutlak boşanma sebebidir. Kanun koyucu, zina yı özel boşanma sebebi kabul etmekle, bu olayın tek başına evlilik birliğini temelden sarstığını kabul etmiş, bu hâlde ayrıca birliğin temelden sarsılıp sarsılmadığının araştırılmasına gerek görmemiştir. Dolayısıyla, “zina ya” dayanan bir boşanma talebi, “çoğun içinde az da vardır” kuralı gereğince, evlilik birliğinin temelden sarsılması sebebiyle boşanma isteğini de içerir. Toplanan delillerle gerçekleşen olaylar, zina sebebiyle boşanma kararı verilmesine yeterli değil ise, aynı olaylar yüzünden, evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri eşlerden beklenmeyecek derecede temelden sarsılmış ise, bu sebeple boşanma kararı verilebilir. Buna engel yasal bir hüküm bulunmamaktadır. Davalının gerçekleşen eylemleriyle, taraflar arasında ortak hayatı temelden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân bırakmayacak nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Olayların akışı karşısında davacı dava açmakta haklıdır. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre, boşanmaya (TMK. m.166/1) karar verilecek yerde davanın reddi doğru bulunmamıştır”.

⁴¹⁰ **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, s. 107.

⁴¹¹ **Dede**, s. 656.

zaten maddî, manevî tazminat ve mirastan yoksun bırakma gibi birçok yaptırıma ilişkin düzenlemenin olduğu ayrıca artık değerin azaltılması ya da kaldırılmasına gerek olmadığı yönünde görüşlerde doktrinde yer almaktadır⁴¹².

Kanaatimce aynı cinsiyetten olanların cinsel ilişkilerini zina olarak kabul etmemek, normal ilişkinin ötesinde cinsi ilişkiyi, haysiyetsiz hayat sürme kapsamında boşanma sebebi olarak görmek; dolayısıyla kusurlu eşin artık değerdeki pay oranını hakkaniyete uygun olarak azaltılabilme olanağını da kabul etmemek sonucunu doğuracaktır. Ayrıca dava hakkı olan eş birlikte yaşamamanın kendisinden beklenemez hâle geldiğini de ispatlama yükümlülüğü altında kalacaktır. Bu sonucun hakkaniyete ve vicdana uygun olmadığı ortadadır.

Zinanın boşanma sebebi olabilmesi için bu eylemin süreklilik göstermesine de gerek yoktur; eşler tarafından bir defa gerçekleştirilmesi boşanma sebebi olarak yeterli görülmektedir⁴¹³.

Zina eşler birlikte yaşarken gerçekleşebileceği gibi açılacak bir boşanma veya ayrılık davası sırasında veya dava sonucunda mahkeme tarafından verilmiş olan ayrılık kararı süresi içinde de gerçekleşebilir⁴¹⁴. Bu nedenle ister eşlerin birlikte yaşadığı dönemde ister dava sırasında ister ayrılık kararı sonrasında ve hatta gaiplik kararı alınmasından sonra dahi evlilik fesih edilene kadar başkası ile cinsel ilişki yaşaması zina olarak nitelendirilecek ve boşanma sebebi olarak değerlendirilecektir⁴¹⁵. Ayrıca ayrılık bir mahkeme kararına dayalı olmasa da eşlerin fiilî olarak birbirinden ayrı yaşadığı süre içerisinde ki evlilik dışı cinsi münasebetleri de yine zina, dolayısıyla boşanma sebebi olarak değerlendirilecektir⁴¹⁶.

Bunların dışında evliliğin butlan ile sakatlanması hâlinde dahi evlilik mahkemece butlan kararı verilene kadar geçerli kabul edildiği için⁴¹⁷ hâkimin evlilikle ilgili butlan kararı vermesine kadar geçecek süre içerisinde bir eşin evlilik dışı cinsi münasebette bulunması da zina olarak nitelendirilebilecek ve boşanma sebebi olarak değerlendirilecektir⁴¹⁸.

⁴¹² **Kaşak, Fahri Erdem**, Zina Veya Hayata Kast Nedeniyle Artık Değerdeki Pay Oranının Azaltılması Veya Kaldırılması (TMK m. 236/II , Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 1, Yıl: 2020, s. 117.

⁴¹³ **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, s. 107.

⁴¹⁴ **Berki (1975)**, s. 140; **Gençcan** s.138; **Köprülü/ Kaneti**, s. 157.

⁴¹⁵ **Gençcan (2020)**, s. 140.

⁴¹⁶ **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, s. 105.

⁴¹⁷ **Gençcan (2020)**, s. 138.

⁴¹⁸ **Berki (1975)**, s. 140; **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, s. 107.

Evliliğin hükümsüzlüğü sebeplerinden biri olan yokluk hâlinde ise evlenmenin butlanla sakatlanmış derecede dahi varlığından hukuken söz edilemeyeceği için; eşler arasında kanundan doğan yükümlülük yoktur; bu hukuki durumda zinadan söz edilemez ve dolayısıyla buna bağlı olarak boşanma davası açılamaz⁴¹⁹.

Ancak hukuken var olduğu kabul edilen bir evlilik sürecinde zinadan söz edilebileceğine göre; sadece dini nikâh yaparak birlikte yaşayanlar arasında hukuken bir evlilik olmadığından; birlikte yaşayanlardan birinin bir başkası ile isteyerek cinsel ilişkide bulunması hukuken zina olarak kabul edilmeyecek ve buna dayalı olarak boşanma davası da açılamayacaktır. Aynı prensip resmî nikâh olmaksızın bir arada evli gibi yaşayanlar açısından da uygulanacaktır⁴²⁰.

2.4.1.1.2. Dava Hakkının Düşmesi

Eşin zinasına dayanarak boşanma davası açabilme hakkı iki hâlde düşmektedir. Bunlardan ilki dava zamanaşımına ilişkindir. Hükme göre aldatılan eşin zinayı öğrenmesinden başlayarak altı ay ve her hâlde zina eyleminin gerçekleşmesinden itibaren geçecek beş yılın sonunda dava açılmamışsa dava hakkı düşer⁴²¹. Dava hakkını düşüren diğer hal aftır. Buna göre aldatılan eş aldatanı affederse dava hakkı düşer⁴²².

2.4.1.1.2.1. Hak Düşürücü Sürenin Geçmesi

TMK'nın 161/2 fıkrasında hak düşürücü süre olarak iki süre öngörülmüştür⁴²³. Bunlardan biri eşin bir başkasıyla cinsi münasebette bulunmasından itibaren beş yıl geçmesi; bir diğeri ise zinanın dava açma hakkı olan eş tarafından öğrenildiği tarihten itibaren altı ay içinde dava açılmamasıdır⁴²⁴. Bu hükümlere göre eş zinanın gerçekleşmesinden itibaren beş yıl içerisinde dava açmamış ise veya zinayı öğrendiği tarihten itibaren altı ay içerisinde dava açmamış ise zinaya dayanarak dava açma hakkı hak düşürücü süre nedeniyle düşmektedir⁴²⁵.

⁴¹⁹ Gençcan (2020), s. 140.

⁴²⁰ Ersöz (2019), s. 232.

⁴²¹ E Badur/ GT Başara, s.109; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.108; Kayıhan/ Ünlütepe, s. 293.

⁴²² E Badur/ GT Başara, s.109; Berki (1975), s. 140; Kayıhan/ Ünlütepe, s. 293.

⁴²³ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.108, Zevkliler/Havuççu/Ertaş/Gürpınar, s. 284, Velidedeoğlu, s. 195.

⁴²⁴ Kayıhan/ Ünlütepe, s. 293.

⁴²⁵ Zevkliler/Havuççu/Ertaş/Gürpınar, s. 283.

Zinanın bir defaya mahsus değil de süreklilik arz eden şekilde işlenmesi hâlinde ise her cinsi münasebette suç yeniden işlenmiş olacağından hak düşürücü süreler de her cinsi münasebetten itibaren yeniden başlayacaktır⁴²⁶.

Zina sebebiyle boşanma davası açılmasına ilişkin belirtilmesi gereken bir husus da dava hakkının hak düşürücü sürenin dolması nedeniyle açılmaması hâlinde zina evlilik birliğinin sarsılması olarak değerlendirilebilir ve bu sebeple dava açma hakkı söz konusudur⁴²⁷. Yani özel boşanma sebebi olan zina hâlinde, sadakat yükümlülüğüne aykırılık ya da güven sarsıcı davranış nedeniyle evlilik birliğinin sarsılmasına dayalı olarak boşanma davası açma hakkı vardır⁴²⁸.

2.4.1.1.2.2. Dava Hakkı Olan Eşin Affetmesi

Zina sebebiyle dava hakkının düşmesinin bir sebebi de yine TMK md.161/3 üçüncü fıkrasında dava hakkı olan eşin affetmesi olarak düzenlenmiştir. Bu hükme göre affeden eşin dava hakkı yoktur⁴²⁹. Affeden eş zina nedeniyle kendisinde ruhen oluşan acıyı yendiğini ve evlilik birliğini devam ettirme niyetinde olduğunu göstermektedir⁴³⁰.

⁴²⁶ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 108; Y2HD.,E. 2016/15258, K. 2018/4414, T. 03.04.2018; “Davalı-karşı davacı kadın TMK 166/1 maddesi uyarınca evlilik birliğinin sarsılması hukuki sebebine dayanarak karşı dava açmış, birleşen davasında ise özel boşanma sebeplerinden zina hukuki sebebine (TMK m. 161) dayanarak boşanma isteminde bulunmuş, mahkemece davalı-karşı davacı kadının zinaya dayalı boşanma davasının TMK 161. maddesinde belirtilen dava sebebinin öğrenilmesinden başlayarak 6 ay içerisinde açılmadığından bahisle hak düşürücü süre nedeni ile reddine karar verilmiştir. Davacı-karşı davalı erkeğin uzun süreden beri bir başka kadınla birlikte yaşadığı, ondan ortak çocuğunun olduğu, aynı kadınla ilişkisinin halen devam ettiği, yapılan yargılama ve dinlenen tanık beyanlarından anlaşılmaktadır. Zina eylemi devam ettiğine göre, hak düşürücü süre geçmiş sayılmaz. Toplanan delillerden, davacı-karşı davalı erkeğin zinasının temadi ettiği anlaşılmaktadır”.

⁴²⁷ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 108; Y2HD.,E. 2020/4133, K. 2020/4617, T. 13.10.2020.

⁴²⁸ E Badur/ GT Başara, s. 109; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.108; Y.BGK.,E. 2017/5, K. 2018/7, T. 06.07.2018; “Sadakat yükümlülüğünün ihlalinin zina teşkil eden bir şekilde gerçekleşmiş olması özel ve mutlak bir boşanma sebebi olup, aldatılan eş, TMK'nın 161. maddesi uyarınca boşanma davası açabilecektir. Ancak anılan maddeye göre bu nedenle boşanma davası açma hakkı eşin zinayı öğrenmesinden başlayarak altı ay ve her hâlde zina eyleminin üzerinden beş yıl geçmekle düşer. Ayrıca aldatılan eşin zinayı affetmesi durumunda bu nedenle boşanma davası açma hakkı ortadan kalkmaktadır. Bunun yanı sıra sadakat yükümlülüğünün ihlali durumunda diğer eşin evlilik birliğinin temelden sarsıldığını belirterek ve TMK'nın 166. maddesine dayanarak boşanma davası açabilmesi mümkündür”.

⁴²⁹ E Badur/ GT Başara, s. 109; Berki (1975), s. 140; Gençcan(2020), s. 174, Zevkililer/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 283, Velidedeoğlu, s. 185; Y2HD.,E. 2011/17357, K. 2012/26603, T. 09.11.2012; “Davalı kadının mahkemece zina olarak değerlendirilen sadakat yükümlülüğüne aykırı önceki davranışları, davacı koca tarafından affedilmiş ve taraflar yeniden bir araya gelip on gün birlikte yaşamışlardır. Affedilen zina ya ilişkin bir davranışa dayalı olarak zina sebebiyle boşanma kararı verilemez”.

⁴³⁰ Gençcan (2020), s. 174.

Aftan bahsedilebilmesi için af iradesinin zinanın gerçekleşmesinden sonra ortaya konulması gerekir⁴³¹. Eylem gerçekleşmeden önce eşin zinaya rızasının olması genel olarak af olarak değerlendirilmemektedir⁴³². Fakat eşin sadece rıza göstermesi değil de eşini zinaya bir de teşvik etmesi söz konusu ise; bu durumda zinaya dayalı olarak dava açması hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmelidir⁴³³.

Af iradesinin ortaya konulması açıkça yapılabileceği gibi, affin davranışlara bağlı olarak, yani örtülü bir şekilde yapılması da mümkündür⁴³⁴. Fakat bir eşin susmasını her zaman zina eden eşini affettiği anlamına gelecek şekilde yorumlamamak gerekir. Aldatılan eşin af iradesi net olarak anlaşılmalıdır⁴³⁵.

Zina, nedeniyle dava açma hakkı olan eşin, diğer eşi affetmesi müşterek hayatın affeden tarafça çekilmez bir durum oluşmadığını gösterir. Bu nedenle daha sonra evlilik birliğinin sarsılması gerekçesiyle dava açması hâlinde dava dinlenmez⁴³⁶.

2.4.1.2. Hayata Kast, Pek Kötü Muamele Ya Da Onur Kırıcı Davranış

2.4.1.2.1. Genel Olarak

Hayata kast, pek kötü muamele ya da onur kırıcı davranış dolayısıyla boşanma davası açma hakkı TMK'nın 162'inci maddesinde düzenlenmiştir⁴³⁷. Bu hükme göre eşi tarafından hayatına kastedilen veya kendisine pek kötü davranılan ya da ağır derecede onur kırıcı davranışta bulunulan eş kusura dayalı olan bu sebeple boşanma davası açabilir (md.162/1)⁴³⁸.

⁴³¹ **Hatemi/ Serozan**, s. 222; **Yarg.2.H.D E. 2014/14998, K. 2014/15758, T. 07.07.2014**; “Davalının bir başka kadınla ilişkisinin olduğu, bu kadından 24.07.2010 tarihinde bir çocuğunun bulunduğu, çocuğun annesi tarafından davalı aleyhine 28.02.2011 tarihinde babalık davası açıldığı, davalının babalığına hükmedildiği, kararın 23.10.2012 tarihinde kesinleştiği anlaşılmaktadır. Davacı-davalı kadının eşinin bir başka kadınla ilişkisini öğrenmesinden sonra tarafların barışıkları ve 2010 yılı Eylül ayında birlikte hacca gittikleri doğrudur. Eldeki boşanma davası 05.10.2011 tarihinde açılmıştır. Davalı aleyhine açılan babalık davasında 13.02.2012 tarihli oturumda dinlenen tanık beyanından ve dosyaya sunulan mesaj dökümlerinden davalının aynı kadınla ilişkisinin tarafların barışmalarından sonra da devam ettiği anlaşılmaktadır. Af, öncesindeki zina eylemine dayalı olarak dava hakkını ortadan kaldırır (TMK.md.161/son) ise de, sonrasındaki zina eylemine dayalı dava hakkı üzerinde etkili değildir”.

⁴³² **E Badur/ GT Başara**, s. 108.

⁴³³ **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, s. 109.

⁴³⁴ **Gençcan (2020)**, s.174.

⁴³⁵ **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, s. 109.

⁴³⁶ **Velidedeoğlu**, s. 228.

⁴³⁷ **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, s. 109.

⁴³⁸ **Kibar**, s. 633.

Hayata kastın biri maddî diğeri manevî olmak üzere iki unsuru vardır. Maddî unsur eylemin meydana gelmesi, manevî unsur da eylemin gerçekleşmesinde kastın olmasıdır⁴³⁹. Hayata kast veya pek kötü ya da onur kırıcı davranışın kasten işlenmesi ve dolayısıyla eylemde bulunanın ayırt etme kabiliyetinin bulunmasını gerektirmektedir⁴⁴⁰.

Hayata kast, pek kötü muamele ya da onur kırıcı davranış nedeni kusura dayanan özel bir boşanma sebebi olmanın yanında aynı zamanda; evlilik birliğinin sarsılması nedenine dayanan genel boşanma sebebidir⁴⁴¹. Bunun yanında hâkim tarafların talebi ile bağlıdır ve sadece hayata kast nedeniyle dava açılması hâlinde genel boşanma sebebine bağlı olarak hüküm kuramaz⁴⁴².

Hayata kast, pek kötü muamele ya da onur kırıcı davranış hem kusura dayanan özel bir boşanma sebebi hem de evlilik birliğinin sarsılması nedenine dayanan genel boşanma sebebi olsa da dayanılan aynı deliller özel boşanma sebebi için yetersiz görülebilirken genel boşanma sebebi için yeterli kabul edilebilir⁴⁴³. Dolayısı ile aile birliğinin korunmasına değer bir yarar kalmadığı gerekçesi ile boşanmaya karar verilebilir. Boşanma davası hem hayata kast, pek kötü muamele ya da onur kırıcı davranış hem de evlilik birliğinin sarsılması sebebine dayalı

⁴³⁹ Kibar, s. 636.

⁴⁴⁰ H.G.K, E. 2017/2420, K. 2019/750, T. 20.06.2019.

⁴⁴¹ Kibar, s. 646; Y2HD.,E. 2015/21301, K. 2016/14788, T. 16.11.2016; “Hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış fiilleri özel boşanma sebebi yanında genel boşanma (TMK m. 166/1) sebebi de oluşturur. Böyle bir durum karşısında kalan eş dilerse bu özel sebeplerin yanında genel sebebe, dilerse birine veya birkaçına birlikte dayanarak boşanma talep edebilir. Davacı öncelikle hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış sebebine dayanarak boşanma davası açmış olduğundan, öncelikle hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış boşanma sebeplerinin bulunup bulunmadığı belirlenmeli, özel sebep varsa, bu sebebe dayanılarak özel boşanma sebeplerinin gerçekleşmemesi hâlinde, deliller genel boşanma sebebi (TMK m. 166/1-2) çerçevesinde değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmelidir”.

⁴⁴² Y2HD.,E. 2018/3454, K. 2018/7377, T. 06.06.2018; “Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır. Ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez (HMK m.26/1). Davacı-karşı davalı kadın dava dilekçesinde hayata kast, pek kötü muamele veya onur kırıcı davranış sebebine (TMK m.162) dayalı olarak boşanmaya karar verilmesini talep etmiş, mahkemece evlilik birliğinin sarsılması (TMK m.166/2) hukuksal sebebine dayalı olarak boşanma kararı verilmiştir. Özel boşanma sebebine dayalı olarak açılan davada genel boşanma sebebiyle (TMK m.166/2) boşanma kararı verilemez”.

⁴⁴³ Y2HD.,E. 2014/11559, K. 2014/22133, T. 10.11.2014; “Davacı-davalı kadının dava dilekçesindeki ve ön incelemedeki beyanlarından boşanma davasını hayata kast, pek kötü ve onur kırıcı davranış (TMK md. 162) sebebine dayandığı anlaşılmaktadır. Yapılan soruşturma ve toplanan delillerden davalı-davacı kocanın düzenli olarak bir işte çalışmadığı, alkol alıp, eşine 22.12.2012 tarihinde tokat attığı gerçekleşmiş ise de; davalı-davacı kocanın bu davranışları ve toplanan deliller karşısında hayata kast, pek kötü ve onur kırıcı davranış olarak kabule yeterli görülmemiştir... Yapılan soruşturma ve toplanan delillerle, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan olaylarda düzenli olarak bir işte çalışmayan, alkol alıp eşine tokat atmak suretiyle fiziksel şiddet uygulayan davalı-davacı koca yanında, ayrılık döneminde eşine “boynuzlarından kapılara sığabiliyor musun?” şeklinde mesaj gönderen davacı-davalı kadının da az da olsa kusurlu olduğu, davacı-davalı kadın ve müşterek çocuk bakımından aile birliğinin korunmasına değer bir yarar kalmadığı, Türk Medeni Kanununun 166/2. maddesi koşullarının oluştuğu anlaşılmaktadır. Bu hâlde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir”.

olarak açılmış olması ve delillerin her iki sebep içinde yeterli olması hâlinde hayata kast, pek kötü muamele ya da onur kırıcı davranış sebebine göre karar vermek gerekmektedir⁴⁴⁴.

TMK'nın 162'inci hükmünden de anlaşıldığı üzere bu maddede üç boşanma sebebi sayılmaktadır. Bunlar hayata kast, pek fena muamele ve onur kırıcı davranıştır⁴⁴⁵.

2.4.1.2.1.1. Hayata Kast

Hayata kast bir eşin diğerinin ölümü ile sonuçlanacak fiilî davranışları gerçekleştirmesidir⁴⁴⁶. Hayata kast hâlinde sadece fiilî eşin ölümüyle sonuçlanacak şekilde gerçekleşmesi değil; aynı zamanda eşinin hayatına kast edenin niyetinin de eşi öldürmek olması gerekir⁴⁴⁷. Ayrıca boşanma gerekçesi olabilmesi için öldürme kastının varlığı yeterli olup, hayata kast fiilînin hazırlık aşamasından ileri gitmemesi ya da gidememesi bile yeterlidir⁴⁴⁸. Davranış eşin ölümü ile sonuçlanabilecek tehlikeleri barındırsa da öldürme kastı yok ise burada hayata kast söz konusu olmayacak ve boşanma sebebi olarak değerlendirilmeyecektir⁴⁴⁹. Hayata kast eylemi bizzat eşi yönelmelidir. Eşin dışında annesi, babası veya diğer yakınlarına yönelen davranışlar bu hükme dayalı boşanma gerekçesi olmaz⁴⁵⁰.

Eş tarafından fiilî gerçekleştirilmesi fakat gerçekleştirilen hayata kast fiilînin ölüm ile neticelenmemesi yani fiilî teşebbüs hâlinde kalması dahi bu davranışı hayata kast olarak değerlendirmeye yeterlidir⁴⁵¹. Hayata kast eden eşin fiilî, bir davranıştan ziyade eşini intihara teşvik etmesi veya intihar etmesine yardımcı olması hâlinde de hayata kast koşulunun gerçekleşmiş olduğu kabul edilmektedir⁴⁵².

⁴⁴⁴ Kibar, s. 647.

⁴⁴⁵ HGK., E. 2017/2420, K. 2019/750, T. 20.06.2019; "Görüldüğü üzere, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranışın gerçekleşmesi ile hâkim tarafından evlilik birliğinin çekilmez hâle gelip gelmediği şartını araştırmaya gerek kalmaksızın, boşanma kararı verilebilecektir. Başka bir deyişle TMK'nın 162. maddesi mutlak bir boşanma sebebi olup bu maddenin üç ayrı boşanma sebebi saydığı söylenebilir".

⁴⁴⁶ Berki (1975), s. 140; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 223; Köprülü/ Kaneti, s. 161; Velidedeoğlu, s. 199; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 284.

⁴⁴⁷ Berki (1975), s. 140; Canarlan, s. 98; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.109, Köprülü/ Kaneti s. 16; Velidedeoğlu, s. 199; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar s. 285; Kibar, s. 637.

⁴⁴⁸ Canarlan, s. 99.

⁴⁴⁹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 109; Gençcan (2020), s. 203; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 223; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 285.

⁴⁵⁰ Canarlan, s. 99.

⁴⁵¹ Berki (1975), s. 140; Canarlan, s. 98; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 109; Kayıhan/ Ünlütepe, s. 295; Köprülü/ Kaneti, s. 161, Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 285.

⁴⁵² Gençcan (2020), s. 202; Köprülü/ Kaneti, s. 161.

İstenilen sonucun gerçekleşmesi çoğu zaman bir fiilî yapılmasına bağlı olmakla birlikte bazı hallerde yerine getirilmesi gereken bir davranışı yapmaktan kaçınmak da istenilen sonucun gerçekleşmesini sağlayabilmektedir⁴⁵³. Örneğin hasta olan eşinin alması gereken ilaçları vermemek veya sağlık yardımı alması gerektiği durumlarda kendi eylemsiz duruşu ile sağlık yardımını almasını engellemek suretiyle de hayata kast gerçekleşmiş olacaktır⁴⁵⁴. Yani sadece öldürme niyetinin fiilen ortaya konulması değil aynı zamanda ölümle sonuçlanacak koşullar içerisinde bulunan eşin ihtiyaç duyduğu yardımı sağlamaktan bilerek kaçınmakta hayata kast olarak değerlendirilmektir⁴⁵⁵.

Hayata kast fiilînin planlanarak, mütemadi şekilde veya tek ve ani bir davranış ile gerçekleşmesi arasında hayata kastın gerçekleşmesi bakımından bir fark söz konusu değildir⁴⁵⁶. Davranış ister bir defa ister birden çok sayıda gerçekleştirilsin, ister planlanarak ister ani bir davranış ile gerçekleştirilsin hayata kast fiilînin gerçekleşmesi bakımından yeterlidir⁴⁵⁷.

Bütün bunların ötesinde hayata kast fiilîne ilişkin belirli davranışların tamamlanmasından sonra öldürme niyetinden vazgeçilmesi hâlinde dahi hayata kast fiilînin gerçekleştiği kabul edilmektedir⁴⁵⁸.

Hayata kast kusura bağlı bir boşanma sebebidir. Bu nedenle kusurlu bir davranışın varlığı şarttır⁴⁵⁹. Kusur ise bir kişinin bir sonucu gerçekleştirmek için kastının veya ihtimalinin olması olarak ifade edilmektedir⁴⁶⁰. Hayata kast kusura dayalı olduğuna göre kusurlu bir fiilî gerçekleştirebilme kabiliyeti olmayan kişilerin yaptığı davranışlar hayata kast olarak değerlendirilmeyecektir⁴⁶¹. Yani bir kişinin ayırt etme gücü olmadan hayata kast fiilînin taşınması gereken bütün unsurları taşıyan fiil gerçekleştirmiş olsa bile bu fiil kusurlu bir fiil olarak nitelendirilemez, dolayısıyla da hayata kast eyleminin gerçekleştiğinden bahsedilemez. Buna bağlı olarak da bu tür fiiller hayata kast nedeniyle boşanma davası açma hakkı vermeyecektir⁴⁶².

⁴⁵³ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.109, Velidedeoğlu, s. 199.

⁴⁵⁴ Gençcan (2020), s. 203; Köprülü/ Kaneti s. 161.

⁴⁵⁵ Gençcan (2020), s. 203; Kibar, s. 637; Velidedeoğlu, s. 199.

⁴⁵⁶ Berki (1975), s. 140; Köprülü/ Kaneti, s. 161.

⁴⁵⁷ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 109.

⁴⁵⁸ Velidedeoğlu, s. 199, Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 285.

⁴⁵⁹ Gençcan (2020), s. 201; Köprülü/ Kaneti, s. 161.

⁴⁶⁰ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.109.

⁴⁶¹ Velidedeoğlu, s. 199, Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 285.

⁴⁶² Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 109; Velidedeoğlu, s. 199; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 285.

Daha önceden planlayarak kendi ayırt etme kabiliyetini kendisinin ortadan kaldırması sonucunu doğuracak olan alkol, uyuşturucu ve benzeri madde kullanımına bağlı olarak gerçekleştirilecek fiillerde ise hayata kast fiilinin gerçekleştiği kabul edilmektedir⁴⁶³.

2.4.1.2.1.2. Pek Kötü Muamele

Pek kötü muamele bir eşin diğer eşin hayatına kastetme niyeti olmaksızın vücut bütünlüğüne veya sağlığına yönelik davranışlarıdır⁴⁶⁴. Pek kötü muamele eşin vücut bütünlüğüne zarar veren veya sağlığına yönelen saldırılardır. Saldırının eşin beden ve ya ruh sağlığını bozacak ve eşe ıstırap verecek nitelikte olması gerekir. Pek kötü muamele aynı zamanda evlilik birliğinin sarsılması sebebinin de oluşturur. Fakat mutlak boşanma sebebi olan pek fena muamele nedeniyle dava açılması hâlinde evlilik birliğinin sarsılıp sarsılmadığı incelenmeyecektir⁴⁶⁵.

Pek kötü muamele sayılacak davranışların süreklilik göstermesi gerekmez tek bir davranış dahi pek fena muamele olarak değerlendirilir⁴⁶⁶. Pek kötü muamele de kusura dayalı bir boşanma sebebidir. Bu nedenle fiilî kusurlu olarak işlenmiş olması gerekir⁴⁶⁷. Pek kötü muamelenin neler olduğu sayma yöntemiyle belirlenmemiştir. Aynı nitelikteki her davranış her aile birliği için aynı şekilde anlaşılmadığından, eşler ve aile birliği üzerinde aynı etkiyi oluşturmadığından hâkim hangi davranışın pek kötü olduğunu, eşlerin sosyal yapıları, eğitim düzeyleri, kültürleri, karakter yapıları vs. dikkate alarak belirleyecektir⁴⁶⁸.

2.4.1.2.1.3. Onur Kırıcı Davranış

Onur kırıcı davranış bir eşin diğerini küçük düşürmek veya ona hakaret etmek niyeti ile yapmış olduğu sözlü yazılı veya fiilî davranışlarla gerçekleştirdiği haksız saldırılardır⁴⁶⁹. Onur kırıcı davranış kusurla gerçekleştirilebilir. Ayırt etme kabiliyeti olmaya eşin onur kırıcı

⁴⁶³ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 109.

⁴⁶⁴ Canarslan, s. 100; Köprülü/ Kaneti, s. 161.

⁴⁶⁵ Gençcan (2020), s. 227.

⁴⁶⁶ Y2HD.,E. 1996/1432, K. 1996/2070, T. 04.03.1996; “Davalı, eşi davacıya müessir eylemde bulunmaktan mahkûm olmuştur. Dövme olayının pek fena muamele olduğu ve Medeni Kanunun 130/1. maddesi hükmü uyarınca boşanma kararı verilebilmesi için bir defa yapılmasının yeterli olduğu...”

⁴⁶⁷ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.110.

⁴⁶⁸ Gençcan (2020), s. 228.

⁴⁶⁹ Canarslan, s. 100; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 110.

davranışta bulunması da mümkün değildir. Davacı taraf kusurlu olsa da davalının onur kırıcı davranışta kusurlu olması yeterlidir⁴⁷⁰.

Onur kırıcı davranış eşin fiziki acı çekmesine sebep olan dövme, işkence etme şeklinde görülebileceği gibi manevî acıya sebep olacak hakaret etme, küçük düşürücü söz ve davranışlar şeklinde de görülebilir⁴⁷¹. Onur kırıcı davranışın da pek fena muamelede olduğu gibi neler olduğu sayma yöntemiyle belirlenmemiştir. Dolayısıyla onur kırıcı davranış da hâkim, pek kötü davranışta olduğu gibi eşlerin sosyal yapıları, eğitim düzeyleri, kültürleri, karakter yapıları vs. dikkate alarak belirleyecektir⁴⁷².

2.4.1.2.2. Dava Hakkının Düşmesi

Aynı zina da olduğu gibi fiilî gerçekleşmesinden itibaren beş yıl ve fiilî öğrenilmesinden itibaren geçecek altı ay sonunda dava hakkı düşer⁴⁷³. Bu sürelerin geçmesi ile artık dava hakkı kullanılamamakta dava hakkı olan eş dava hakkını kaybetmektedir⁴⁷⁴. Belirtilen süreler hak düşürücü süredir. Taraflarca ileri sürülme dahi hâkim tarafından re'sen dikkate alınır⁴⁷⁵.

Dava hakkını ortadan kaldıran bir diğer hususta af olarak düzenlenmiştir. “*Affeden tarafın dava hakkı yoktur*” (md.162/3). Hayata kast pek kötü veya onur kırıcı davranış gerekçesiyle dava açma hakkı olan eşin, diğer eşi affetmesi, gerçekleşen eylemin affeden tarafça müşterek hayatın çekilmez bir duruma gelmesine sebep olmadığını gösterir. Bu nedenle affeden eşin daha sonra evlilik birliğinin sarsılması gerekçesiyle dava açması hâlinde dava dinlenmez⁴⁷⁶. Af iradesinin örtülü veya açık olarak ortaya konması ya da af iradesinin oluşmasında ki saik affin sonuçları bakımından önem göstermez⁴⁷⁷.

⁴⁷⁰ Gençcan (2020), s. 250.

⁴⁷¹ H.G.K, E. 2017/2420, K. 2019/750, T. 20.06.2019; Velidedeoğlu, s. 199, Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 285, “Bir eylemin pek kötü veya onur kırıcı davranış sayılıp sayılmayacağı geniş takdir yetkisine dayanılarak yargıç tarafından belirlenir yargıç bunu yaparken eşlerin kültürel ve sosyal niteliklerini, eğitim durumlarını, yaşadıkları çevrenin yargı ve geleneklerini yöresel yaşam biçimlerini göz önünde bulundurur”.

⁴⁷² Gençcan (2020), s. 254.

⁴⁷³ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.111; Gençcan (2020), s. 204; Velidedeoğlu, s. 199; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 285, Köprülü/ Kaneti s. 161.

⁴⁷⁴ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 111; Gençcan (2020), s. 203; Kibar, s. 636.

⁴⁷⁵ Kibar, s. 645.

⁴⁷⁶ Velidedeoğlu, s. 228.

⁴⁷⁷ Kibar, s. 643.

2.4.1.3. Suç İşleme Ve Haysiyetsiz Hayat Sürme

2.4.1.3.1. Genel Olarak

Suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme TMK'nın 163'inci maddesinde düzenlenmiş kusura dayalı bir boşanma sebebidir⁴⁷⁸. Bu maddeye göre eşlerden birinin küçük düşürücü bir suç işlemesi veya haysiyetsiz hayat sürmesi hâlinde onunla birlikte yaşamak diğer eşten beklenemez hâle gelmişse bu eş her zaman boşanma davası açabilir⁴⁷⁹.

Eşlerden birinin suç işlemesi veya haysiyetsiz hayat sürmesi boşanma kararı için tek başına yeterli değildir. Suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürmenin yanında bu durumun boşanma talebinde bulunan eş için diğer eşle birlikte yaşamamanın beklenememesi de gerekir. Bu nedenle suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürmek mutlak değil, nisbi boşanma sebebidir⁴⁸⁰.

Hükümde yer alan eylemler cana kastta olduğu gibi doğrudan eşe yönelen davranışlar değildir. Fakat başkasına yönelen veya başkası ile birlikte yapılan eylemler eşe yaşattığı utanç dolayısıyla evlilik birliğine yönelmekte ve evliliği birlikte yaşanması diğer eşten beklenemez hâle dönüştürmektedir⁴⁸¹. Kanunda hangi suçların yüz kızartıcı ya da rezil(terzil) edici suçlardan olduğu, boşanma gerekçesi olabileceği veya hangi hayat tarzının haysiyetsiz hayat sürme olarak nitelendirilebileceği tek tek sayma yöntemiyle belirlenmemiştir. Suç işlemenin boşanma sebebi olabilmesi için; işlenen suçun utanç verici yüz kızartıcı nitelikte olması gerekir⁴⁸². Tecavüz, taciz, hırsızlık, zimmet ve kaçakçılık bu tür suçlara örnek sayılabilir. Bunun yanında Yargıtay kararlarında, cinsel istismar vb. suçları da bu nitelikte suçlardan saymıştır⁴⁸³. Bu hususta hâkim takdir yetkisini kullanarak işlenen suçtaki ahlâki düşüklüğü ve

⁴⁷⁸ Ersöz, Oğuz, Suç İşleme Ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Sebebiyle Boşanma, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 2, Yıl: (2018a), s. 130; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 286 “Bir eylemin yüz kızartıcı, eşlerden birini küçük düşürücü suç sayılıp sayılmayacağını o suça verilen cezanın ağırlığına göre değil; toplumun ahlaki değer yargılarına göre belirleme işini geniş takdir yetkisine dayanarak yargıç yapar.”

⁴⁷⁹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.111; Ersöz (2018a), s. 114; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 286.

⁴⁸⁰ Y2HD.,E.2004/2655, K. 2004/3715, T. 24.03.2004.

⁴⁸¹ Ersöz (2018a), s. 113.

⁴⁸² Ersöz (2018a), s. 117.

⁴⁸³ Y2HD.,E. 2014/20560, K. 2015/4947, T. 19.03.2015; “Davalının, on iki yaşında bir kız çocuğuna cinsel tacizde bulunduğu, suçu sabit görülerek bundan dolayı ceza aldığı yapılan soruşturma ve toplanan delillerden anlaşılmaktadır...Dava Türk Medeni Kanununun 163'üncü maddesinde yer alan “küçük düşürücü suç işleme” sebebine dayanılarak açılmıştır. İşlenen suçun niteliğine göre davacının dava açması karşısında onunla birlikte yaşamayı kendisinden beklenemeyeceği açık ve tartışmasızdır”; Y2HD.,E. 2012/19722, K. 2013/6974, T. 14.03.2013; “davalının hırsızlık suçu işlediği ve bu suçtan mahkum olduğu, işlenen suçun küçük düşürücü suçlardan olduğu anlaşılmaktadır. Bu sebeple birlikte yaşanması diğer eşten beklenemez hale gelmiştir”.

toplumun bu husustaki değer yargılarını da dikkate alarak işlenen suçun yüz kızartıcı ya da rezil(terzil) edici suçlardan olup olmadığını belirleyecektir⁴⁸⁴.

Suç işleme veya haysiyetsiz hayat sürme nedeni ile boşanma davası açılması mümkün olan hallerde, evlilik birliğinin sarsılmasına dayalı olarak her bir sebep gerekçesiyle dava açabileceği gibi terditli olarak boşanma davası açılması da mümkündür⁴⁸⁵.

Suç işleme veya haysiyetsiz hayat sürme nedeni ile boşanmanın düzenlendiği maddede iki boşanma sebebine yer verilmiştir. Bunlardan birincisi küçük düşürücü suç işleme diğeri ise haysiyetsiz hayat sürmedir⁴⁸⁶.

2.4.1.3.1.1. Küçük Düşürücü Suç İşleme

Eşlerden birinin tecavüz, taciz, hırsızlık, zimmet ve kaçakçılık, hırsızlık, ırza geçme, dolandırıcılık gibi küçük düşürücü bir suç işlemesi hâlinde diğer eşin küçük düşürücü suç işleme nedeni ile boşanma davası açma hakkı söz konusudur⁴⁸⁷. Kanun hükmünde belirtilen özellikle küçük düşürücü suç işleme olduğundan herhangi bir suç bu madde hükmüne göre boşanma sebebi olmaz⁴⁸⁸. Küçük düşürücü suçlar adi bir karakterin ortaya koyduğu, insanların yüzünü kızartan, ahlâk anlayışının kabul etmediği davranışlar olarak nitelenmektedir⁴⁸⁹.

Bu suçlar dolayısı ile boşanma davası açabilmek için bu suçlardan ceza hukuku veya idare hukuku gereği ceza alınmış olması da gerekmemektedir. Suçun işlenmiş olması boşanma davasının açılması için yeterlidir⁴⁹⁰. İşlenen suçun af nedeniyle cezalandırılmamış olması da boşanma sebebinin oluşması bakımından hukuk hâkimini bağlayıcı bir etkiye sahip değildir. Ayrıca suçun bir defa işlenmiş olması yeterlidir⁴⁹¹.

Bir eylemin yüz kızartıcı ya da küçük düşürücü suç sayılıp sayılmayacağı o suça verilen cezanın ağırlığına göre değil; toplumun ahlâki değer yargılarına göre belirlenir⁴⁹².

⁴⁸⁴ Gençcan (2020), s. 283.

⁴⁸⁵ Ersöz (2018a), s. 133; Tekçe Barut, s. 978.

⁴⁸⁶ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 111.

⁴⁸⁷ Velidedeoğlu, s. 203, Köprülü/ Kaneti, s. 162.

⁴⁸⁸ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.111, Velidedeoğlu, s. 204.

⁴⁸⁹ Ersöz (2018a), s. 119.

⁴⁹⁰ Köprülü/ Kaneti, s. 162, Velidedeoğlu, s. 203, Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 286.

⁴⁹¹ Ersöz (2018a), s. 119.

⁴⁹² Ersöz (2018a), s. 119; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 286.

Suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme nisbi nitelikte bir boşanma sebebidir⁴⁹³. Yani sadece suç işleme, haysiyetsiz hayat sürme boşanma davasının açılmasına yeterli değildir. Aynı zamanda dava hakkı olan eş açısından suçun işlenmiş olmasının ortak yaşamı çekilmez hâle getirip getirmediğini de hâkim incelemek zorundadır⁴⁹⁴.

Küçük düşürücü suçun evlilikten sonra gerçekleşmiş olması gerekir⁴⁹⁵. Şayet daha önceden işlenmiş bir küçük düşürücü suç söz konusu ise ve dava açma hakkı olan eş bunu evlenmeden daha sonra öğrenmiş ise eşi ile yaptığı evlilikte hata ya da hileye göre evlenmenin butlanını isteme hakkına sahiptir⁴⁹⁶. Ayrıca evlenmeden önce işlenen küçük düşürücü suç eğer unsurları oluşmuş ise evlilik birliğinin sarsılması gerekçesiyle boşanma davası açma hakkı verir⁴⁹⁷.

Küçük düşürücü suç işleme özel boşanma sebeplerinden olmanın yanında evlilik birliğinin sarsılması nedeniyle boşanma sebebidir. Dava açmaya hakkı olan taraf dilerse suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme nedeniyle, isterse evlilik birliğinin sarsılması nedeniyle isterse de her iki nedenle dava açabilir⁴⁹⁸.

2.4.1.3.1.2. Haysiyetsiz Hayat Sürme

Haysiyetsiz hayat sürme devamlı olarak, şeref ve namusla bağdaştırılamayan davranışların olduğu itibarsız hayat tarzıdır⁴⁹⁹. Eşlerden birinin hayat kadını olarak çalışması,

⁴⁹³ Ersöz (2018a), s. 115; Köprülü/ Kaneti, s. 163.

⁴⁹⁴ Velidedeoğlu, s. 204, Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar., s. 286.

⁴⁹⁵ Ersöz (2019), s. 237; Y2HD.,E. 2015/13025, K. 2016/3369, T. 23.02.2016; “Küçük düşürücü suç işlemenin Türk Medeni Kanununun 163. maddesi hükmüne göre boşanma sebebi olabilmesi için suç teşkil eden eylemin evlendikten sonra işlenmiş olması gerekir. Yapılan soruşturma ve toplanan delillerden tarafların, davalının işlediği suç tarihinden sonra evlendikleri anlaşılmaktadır. Bu hâlde; Türk Medeni Kanununun 163. maddesindeki boşanma kararı verilebilmesi için gerekli “işlenen suç nedeniyle diğer eş için birlikte yaşamının beklenemez hale gelmesi” koşulu gerçekleşmediğinden mahkemece davacının davasının reddine karar vermek gerekirken; kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir”.

⁴⁹⁶ Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 286”

⁴⁹⁷ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 111.

⁴⁹⁸ Y2HD.,E. 2016/10328, K. 2018/2053, T. 15.02.2018; “suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme fiilleri özel boşanma sebebi yanında genel boşanma (TMK m. 166/1) sebebi de oluşturur. Böyle bir durum karşısında kalan eş dilerse bu özel sebeplerin yanında genel sebebe, dilerse birine veya birkaçına birlikte dayanarak boşanma talep edebilir. Davacı öncelikle özel boşanma sebeplerine dayanarak boşanma davası açmış olduğundan, öncelikle özel boşanma sebeplerinin bulunup bulunmadığı belirlenmeli, özel sebep varsa, bu sebebe dayanılarak özel boşanma sebeplerinin gerçekleşmemesi hâlinde, deliller genel boşanma sebebi (TMK m. 166/1-2) çerçevesinde değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmelidir”.

⁴⁹⁹ Velidedeoğlu, s. 205; Köprülü/ Kaneti, s. 164, “Haysiyetsiz Hayat sürme devamlı ve tekrarlanan bir hayat tarzı mı anlatır”, “ Haysiyetsiz hayat sürme takdiri boşanma sebeplerinden biridir. Hâkim haysiyetsiz hayatın birlikte yaşamayı çekilmez hale dereceyi bulup bulunmadığını takdir ederken olayların akışını davacı eşin aynı

randevu evi işletmesi, ayyaşlığı ve buna benzer yaşam tarzı haysiyetsiz hayat sürme olarak değerlendirilir⁵⁰⁰. Kanunda bu tür davranışların hayat sürme şeklinde ifade edilmesi nedeniyle haysiyetsiz yaşamın süreklilik göstermesi gerekir⁵⁰¹. Bir defaya mahsus gerçekleşecek eylemler haysiyetsiz hayat sürme olarak değerlendirilmemektedir⁵⁰². Bu nedenle bir defa gerçekleşen eylemler haysiyetsiz hayat sürme nedeniyle boşanma davası açma hakkı vermez⁵⁰³. Fakat yine koşullar oluşur ise bir defa gerçekleşmiş bu tür fiillere dayanarak evlilik birliğinin sarsılması gerekçesiyle boşanma davası açılması mümkün olacaktır⁵⁰⁴.

2.4.1.3.1.3. Birlikte Yaşamayı Beklenemez Hâle Getirme

Hem küçük düşürücü suç işleme hem de haysiyetsiz hayat sürme hallerinin gerçekleşmesi mutlak bir boşanma sebebi olarak görülmemektedir⁵⁰⁵. Küçük düşürücü suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme hallerinin dava hakkı olan eş için artık birlikte yaşaması kendisinden beklemeyecek ise boşanma hakkı söz konusudur⁵⁰⁶. Kendisinin evlilik sürecinde suç işleme sicil geçmiş i eşinden çok da iyi olmayan ya da eşi kadar haysiyetsiz hayat süren bir kişi, eşinin suç işlemesi ya da hayat tarzından etkilendiği için artık birlikte yaşaması kendisinden beklemeyecek durumda olduğunu gerekçe göstererek bu hükme dayalı boşanma davası açamaz. Bu nedenle hâkim sadece hangi suçun boşanma sebebi olacağı ve hangi hayat tarzının haysiyetsiz hayat olarak nitelendirileceği hususunda eşlerin yaşam tarzlarını da dikkate alarak takdir yetkisini kullanmalıdır. Örneğin eşlerden biri randevu evi işletirken diğer eş hayat kadını olarak çalışmakta ise bu eşlerden birinin diğerine karşı haysiyetsiz hayat sürdüğü ve evlilik birliğinin kendisi için çekilmez hâle geldiği gerekçesine dayalı olarak boşanma davası açması artık mümkün olmamalıdır. Fakat evlilik birliğinin diğer eş açısından çekilmez hâle gelip gelmediği yine hâkim tarafından takdir edilecektir⁵⁰⁷.

tarzda yaşantı içinde olup olmadığını aynı yaşantının içinde olmasa bile eşine karşı hoşgörü içinde bulunup bulunmadığını araştıracaktır".

⁵⁰⁰ Hatemi/ Serozan, s. 224.

⁵⁰¹ Ersöz (2018a), s. 125; Köprülü/ Kaneti, s. 164; Velidedeoğlu, s. 203.

⁵⁰² Köprülü/ Kaneti, s. 164.

⁵⁰³ Ersöz (2018a), s. 125; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.112.

⁵⁰⁴ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.112.

⁵⁰⁵ Velidedeoğlu, s. 203.

⁵⁰⁶ Ersöz (2018a), s. 130; Hatemi/ Serozan, s. 224.

⁵⁰⁷ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 112.

2.4.1.3.2. Davanın Süreye Bağlı Olmaması

Hem küçük düşürücü suç işleme hem de haysiyetsiz hayat sürme hâlinde boşanma davasının açılması bir süreye bağlanmamıştır⁵⁰⁸. Yani böyle bir hayat tarzının olması hâlinde eşler süreye bağlı olmaksızın dava açma hakkına sahiptirler⁵⁰⁹. Elbette çok önceden bir suç işleme veya böyle bir yaşam tarzı olmakla birlikte bu hayatı terk etmiş olan bir eşe yıllar sonra haysiyetsiz hayat sürme ve küçük düşürücü suç işleme gerekçesiyle dava açılması hâlinde bunun birlikte yaşamayı çekilmez hâle getiren bir sebep olarak yorumlanmaması gerekir⁵¹⁰. Böyle bir boşanma talebinin hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi daha uygun olabilecektir⁵¹¹.

2.4.1.4. Terk

2.4.1.4.1. Genel Olarak

Evlilik birliğinin kurulması ile eşlerin evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri yerine getirme görevleri de başlar. Evliliğin birlik ilkesi temelinde kurulmuş olması eşlerin birlikte yaşamasını zorunlu kılar. Zorunlu nedenler dışında evlilik birliği devam ettiği sürece eşler birlikte yaşamalıdır. Eşlerden birinin mahkeme kararı veya haklı bir sebep olmaksızın özellikle evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınmak gayesi ile fiilî olarak ortak hayata son vermesi terk olarak kabul edilir⁵¹². Gençcan terki, birlikte yememek, birlikte yatmamak ve aynı konutta yaşamamak olarak ifade etmektedir⁵¹³. 4721 sayılı TMK'daki terk

⁵⁰⁸ Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 287.

⁵⁰⁹ Ersöz (2018a), s. 132; Velidedeoğlu, s. 203.

⁵¹⁰ Gençcan (2020), s. 309; Köprülü/ Kaneti, s. 164.

⁵¹¹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 112.

⁵¹² Ayan, s. 42; Berki (1975), s. 141; Gözütok, s. 54; Kandil, s. 45; Kılınç, s. 199; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 286; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.112; YHGK.,E. 2017/2727, K. 2020/846, T. 04.11.2020; “Evlilik “birlik ilkesi” üzerine kurulmuştur. Evlenme ile eşler arasında “evlilik birliği” kurulmuş olur ve tarafların evlilik birliğinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirme görevleri başlar. Bu görevlerin en önemlisi ise evliliğin amacıyla uyumlu şekilde eşlerin birlikte yaşamalarıdır. Bu bağlamda birlik süresince kural olan; zorunlu nedenler dışında eşlerin birlikte yaşamasıdır. Asıl kuralın aksine eşlerden birinin bu birliktelikten haklı bir sebep olmaksızın özgür iradesi ile ortak yaşamdan ayrılması ise “terk” olarak kabul edilir”.

⁵¹³ Gençcan (2020), s. 343, YHGK.,E. 2017/2727, K. 2020/846, T. 04.11.2020; “Terk... için eşlerden birinin ortak konuttan ayrılması ve konuta geri dönmemesi gerekir. Eşlerin aynı evde yaşamakla birlikte, oturma ve yatak odalarını ayırmaları, birbirleriyle hiç konuşmamaları terk sayılmaz; çünkü burada durumun daima normale dönmesi ihtimali ve imkânı vardır. Ortak konuttan ayrılma, isteyerek olabileceği gibi, eşlerden birinin diğerini evden atması sonucunda, yani zorla da olabilir. Bu durumda eşin evden ayrılmasında hukuka aykırılık unsuru yoktur. Bu takdirde terk eden eş, ötekini kovan eştir. Eşlerden biri nikâhtan sonra birlikte seçtikleri ortak konuta hiç gelmezse, yine terk vardır. Buna karşılık eşlerden birinin diğerinin yakınlarıyla oturmayı reddetmesi terk değildir”.

düzenlemesi ve Yargıtay kararlarındaki tanımlamaya göre sadece evi terk eden değil; terke zorlayan da terk etmiş sayılır⁵¹⁴.

Terk kusura dayalı boşanma sebeplerinden biridir. Bu nedenle boşanma davasının açılabilmesi için eşin kusurlu olması gerekir⁵¹⁵. Kusursuz olarak birlikte yaşanan konutun terk edilmesi boşanma davası açma hakkı vermez⁵¹⁶. Terk aynı zamanda mutlak boşanma sebeplerinden de biridir. Koşulların oluşması hâlinde hâkim ayrıca evlilik birliğinin çekilmez hâle gelip gelmediğini araştırmaz⁵¹⁷.

Terk nedeni ile boşanma davası açılabilmesi için birçok koşulun bir arada gerçekleşmesi gerekir. Bunlar eşlerden birinin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla ortak konutu terk etmesi veya bir eşin haklı bir sebep olmadan diğer eşi ortak konutu terke zorlaması ya da onun ortak konuta dönmesini engellemesi, terk halinin en az altı ay devam etmesi ayrıca terk eden eşi hâkim ya da noter tarafından ihtarda çekilmesi ve eşin buna rağmen ortak konuta dönmemesi olarak sayılabilir⁵¹⁸.

2.4.1.4.2. Terkin Şartları

2.4.1.4.2.1. Eşlerden Birinin Ortak Konutu Terk Etmesi

Eşlerin evlenme ile üstlendikleri yükümlülüklerden biri de birlikte yaşamaktır⁵¹⁹. “Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar” (md.185/3). Birlikte yaşama yükümlülüğünün yerine getirilebilmesi için her şeyden önce ortak konutun seçilmesi gerekir⁵²⁰. Türk Medeni Kanunu’na göre eşler oturacakları konutu birlikte seçer

⁵¹⁴Gözütok, s.52; Kandil, s. 97; YHGK.,E., 2009/402, K. 2009/484, T. 04.11.2009; “Eşlerden biri, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla diğerini terk ettiği veya haklı bir sebep olmadan ortak konuta dönmediği takdirde ayrılık, en az altı ay sürmüş ve bu durum devam etmekte ve istem üzerine hâkim tarafından yapılan ihtar sonuçsuz kalmış ise; terk edilen eş, boşanma davası açabilir. Diğerini ortak konutu terk etmeye zorlayan veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmesini engelleyen eş de terk etmiş sayılır”.

⁵¹⁵ Berki (1975), s. 141; Gençcan (2020), s. 342; Kılınç, s. 199.

⁵¹⁶ Ayan, s. 42; Gözütok, s. 54.

⁵¹⁷ Ayan, s. 43; Gençcan (2020), s. 341; Aydın Ünver, Tülay/ Dursun Karaahmetoğlu, Şeyda, Yargıtay Kararları Işığında Terk İhtarının Boşanma Sebeplerine Ve Manevi Tazminat Talebine Etkisi İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 75, Sayı: 2, Yıl: 2017, s. 529.

⁵¹⁸ Gözütok, s. 50, Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.113; Kandil, s. 46, TA Ünver/ ŞD Karaahmetoğlu, s. 593; Helvacı/ Erlüle, s. 173.

⁵¹⁹Gözütok, s. 53.

⁵²⁰ Ayan, s. 44.

(md.186/1). Eşlerin ortak konutu belirlememiş olmaları hâlinde birlikte yaşamamaları terk sayılmaz⁵²¹. Ortak konut aile birliğinin müstakil olarak yaşamasını mümkün kılacak nitelikte olmalıdır. Fakat diğer akrabaların yaşadıkları konutlarla seçilen konutun yan yana veya yakın olması müstakil olarak yaşamın sağlanmasına engel değildir. Konutun sadece akrabalara yakınlığına dayanılarak terk edilmesi de haklı sebep değildir⁵²².

Birlikte yaşamaya ancak mahkeme kararı, çalışma, hapis cezasının infazı, tutuklanma, karantina, kamu görevi veya hastalık gibi geçerli bir sebebin varlığı hâlinde ara verilebilir⁵²³. Bu sebepler olmadan birlikte yaşamaya ara verilmesi evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerinde ihlalidir⁵²⁴. Örnek olarak sayılan veya haklı görülebilecek başka geçerli bir sebep söz konusu olmadan eşin ortak konutu terk etmesi boşanma sebebi olarak kabul edilmektedir⁵²⁵.

Eşlerden birinin geçerli bir sebep söz konusu olmadan diğerini ortak konutu terk etmeye zorlaması ya da ortak konuta tekrar dönmek isteyen eşin dönmelerini engellemesi hâlinde; terke zorlama veya dönmeyi engelleme de terk olarak kabul edilmektedir⁵²⁶.

⁵²¹ **Ayan**, s. 44; **Y2HD.,E. 2003/9149, K. 2003/10891, T. 16.07.2003**; “Olayda, tarafların kendilerinin seçtikleri bağımsız bir konut bulunmamaktadır. Davacı kadın, kayınvalidesi ve kayınbabasıyla birlikte oturdukları evi terk etmiştir. Bu durumda; bağımsız, ortak konut seçiminden kaçınarak, eşini, rızası hilafına kendi anne ve babasıyla oturmaya mecbur bırakan koca, eşini terk etmiş sayılır. Terk edilen kadındır. Bu hâlde terk sebebiyle boşanma davası açma hakkının kadına ait olduğu açık ve tartışmasızdır”.

⁵²² **Y2HD.,E. 2013/7512, K. 2013/21318, T. 19.09.2013**; “Terk sebebine dayanan boşanma davasının reddedilebilmesi için, terk eden eşin usulüne uygun ihtara rağmen haklı bir sebeple ortak konuta dönmediğinin ispatlanmış olması zorunludur. Davalı, ihtara uymamakta haklı olduğunu kanıtlayamamıştır. Davalı fiziken bağımsız nitelikteki konuta davet edilmiştir. Davet edildiği konutun üst katında kocasının anne ve babasının oturuyor olması, konutun bu niteliğini ve manevi bağımsızlığını ortadan kaldırmaz. Terk ten önce kocasının ailesiyle yeme içmenin ortak olması davalıya dönmeme hakkı vermez. Bu sebeple Türk Medeni Kanununun 164. maddesindeki boşanma sebebi gerçekleşmiştir”.

⁵²³ **Gözütok**, s. 54; **Gençcan (2020)**, s. 353; **Hatemi/ Kalkan Oğuztürk**, s. 226, **Köprülü/ Kaneti**, s. 166, **Velidedeoğlu**, s. 206, **Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar**, s. 287.

⁵²⁴ **Ayan** s. 44; **Kandil**, s. 49.

⁵²⁵ **Velidedeoğlu**, s. 206; **Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar**, s. 287.

⁵²⁶ **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, s. 113; **Helvacı/ Erlüle**; s. 173; **Kılınç**, s. 200; **Köprülü/ Kaneti**, s. 166; **Velidedeoğlu**, s. 206; **Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar**, s. 287; **Kandil**, s. 98.

2.4.1.4.2.2. Terkin Amacı Evlilik Birliğinin Yüklediği Görevleri Yerine Getirmemek Olmalıdır

Eşlerden birinin ortak konuttan her uzaklaşması Kanun'un aradığı terk mahiyetinde nitelendirilemez⁵²⁷. Ortak konuttan uzaklaşılması, ortak konutta bulunmaması, orada yaşamaya devam edilmemesi ancak ve ancak evlilik birliğinin eşe yüklediği yükümlülükleri yerine getirmemek gayesi taşıyorsa terk olarak nitelendirilebilecektir⁵²⁸.

Bunun dışında uzun süre çalışma gayesi ile veya bir kamu görevinin yerine getirilmesi maksadıyla ortak konuttan ayrı kalınması hâlinde veya bir hastalık sebebiyle evde bulunulmaması sebebiyle eşin ortak konutta olmaması, ortak konuta gelememesi halleri terk olarak değerlendirilmez⁵²⁹.

Ortak konutta bulunmayan eşin ortak konuta gelmemesi yukarıda belirtildiği gibi sağlık, kamu görevi veya iş gayesi ile olabileceği gibi eşin rızası ile de bu ayrılık söz konusu olabilir. Eşin rızasının olması hâlinde de eşin ortak konutta yaşamaması ortak konutu terk etme anlamında değerlendirilemez⁵³⁰. Örneğin eşlerin devlet memuru olması ve ayrı şehirlerde yaşaması hâlinde eş nedeniyle tayin gerçekleştirmek gayesi ile eşlerin düğün yapmadan önce resmî nikâhlarını yaptıklarına sıkça rastlanmaktadır. Bu hâlde her iki eşin de, tayin işleminin gerçekleşmesi ve ardından düğünün yapılması sonra ortak konutun oluşturulması ve aile birliğinden doğacak yükümlülüklerin bu koşullar gerçekleştikten sonra taraflarca yerine getirilmesi hususunda zımni kabulleri söz konusudur. Dolayısıyla bu hâlde resmî olarak evli bulunan eşlerden birinin diğerinin ortak konuta gelmediği, evlilik yükümlülüklerini yerine getirmediği, dolayısıyla evi terk ettiği iddiası TMK'nın 164. maddesi manasında terk olarak kabul edilmeyecektir⁵³¹.

⁵²⁷ **Y2HD.,E. 2012/20678, K. 2013/6745, T. 13.03.2013;** “*Davalı koca Türk Medeni Kanununun 164. maddesi gereğince terk hukuki sebebine dayanarak boşanma istemiştir. Terk sebebiyle ihtarın 15.03.2011 tarihinde çekildiği ihtarın 29.03.2011 tarihinde davacı-davalı kadına tebliğ edildiği, kadının 18.03.2011 tarihinde şiddetli geçimsizlikten dava açtığı anlaşılmaktadır. Davacı-davalı kadın ihtar kararı kendisine tebliğ edilmeden boşanma davası açtığından açılan boşanma davasının dava tarihi itibarıyla ayrı yaşama hakkını kazanmıştır. Artık iki ay içinde eve dönmesi beklenemez*”.

⁵²⁸ **Ayan s. 45; Berki (1975), s. 141; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.113; Helvacı/ Erlüle, s.173; Kandil, s. 51; Kılınç, s. 200; TA Ünver/ ŞD Karaahmetoğlu, s. 593.**

⁵²⁹ **Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 113.**

⁵³⁰ **Ayan, s. 45; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 114.**

⁵³¹ **Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 114.**

Türk Medeni Kanun’unda “Eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddî biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir” (md.197) hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla bu koşullar altında ayrı yaşamakta olan eşin ortak konuta gelmemesi yine terk olarak nitelendirilemeyecektir⁵³².

Eşlerin ortak konutlarını belirlemiş olmaları ve evlilik birliği içinde yaşıyor olmalarına rağmen; sonradan eşlerden birinin diğerini ortak yaşamı engelleyecek kadar akraba veya diğer yakınlarıyla bu konutta yaşatmaya başlaması hâlinde de diğer eşin ortak konutta yaşamaya devam etmemesi haklı bir sebeptir⁵³³. Dolayısıyla bu hâlde evlilik birliğinin eşe yüklediği yükümlülükleri yerine getirmeme gayesi olduğu da söylenemez.

2.4.1.4.2.3. Haklı Nedenle Terk Hâlinde Sebebin Ortadan Kalkmasına Rağmen Eşin Ortak Konuta Dönmemesi

Yukarıda sayılan ortak konutun eş tarafından haklı olarak terk edilmesi nedenlerinden birinin gerçekleşmesi nedeniyle ortak konutta birlikte yaşamayan eşin bu koşulların sona ermesinden sonra aile konutuna dönmemesi de yine terk olarak kabul edilecektir⁵³⁴. Bu hâlde haklı sebebin sona erdiği tarihten itibaren altı aylık süre başlayacak ihtar ise ilk dört ayın geçmesinden sonra yine hâkim veya noter tarafından çekilebilecektir⁵³⁵. Zorunlu askerlik gibi kamu görevi sona ermiş olmasına rağmen ortak konuta dönülmemesi hali veya başka bir şehirde çalışılıyor olan eşin işin bitmesinden sonra ortak konuta dönmemesi hali buna örnek gösterilebilir⁵³⁶.

⁵³² Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 114; Ayan, s. 47; Y2HD.,E. 2016/197, K. 2016/1596, T. 02.02.2016; “Türk Medeni Kanununun 197/1. maddesi uyarınca, eşlerden biri ortak hayat sebebi ile kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir”.

⁵³³ Velidedeoğlu, s. 207; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 288.

⁵³⁴ Berki (1975), s. 141; Köprülü/ Kaneti, s. 167; Velidedeoğlu, s. 207, Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 288; Kılınç, s. 205.

⁵³⁵ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 114, Köprülü/ Kaneti, s. 167, Velidedeoğlu, s. 207.

⁵³⁶ Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 288.

2.4.1.4.2.4. Eşini Ortak Konutu Terk Etmeye Zorlamak ya da Haklı Bir Sebep Olmadan Ortak Konuta Dönmesini Engellemek

Eşinin ortak konutta yaşamasını engelleyici davranış içerisinde bulunan ya da evi terk eden eşinin eve tekrar dönmesini engelleyen eş ortak konutu terk etmiş sayılır⁵³⁷. Eşin evden uzaklaşmasına sebep olan davranışlar veya eşin eve dönmesini engelleyici davranışlar fiilî bir şiddet şeklinde olabileceği gibi evin anahtarının verilmemesi, yeni oluşturulan ortak konutun adresinin bildirilmemesi ya da aynı evde eşlerden birinin diğer eşi, annesi, babası, kardeşi, yakın akrabası ve eşi dostu gibi başka kişilerle birlikte yaşamaya zorlaması şeklinde de olabilir⁵³⁸. Kısacası bu hâlde evi terk eden, ortak konutta bulunmayan eş değil de; onun evde bulunmasını veya eve dönmesini engelleyen eş evi terk etmiş kabul edilir⁵³⁹. Buna bağlı olarak eve gelmesi engellenen veya evden ayrılması hususunda baskı gören eş terk nedeniyle boşanma davası açma hakkına sahip olan taraftır⁵⁴⁰.

2.4.1.4.2.5. Terkin En Az Altı Ay Sürmesi

Terk nedeniyle boşanma davasının açılabilmesi için ortak konuta dönmeme halinin devamlılığı hususunda Medeni Kanun'un 164 maddesinde asgari bir süre öngörülmüştür⁵⁴¹. Bu süre altı ay olarak belirtilmiştir⁵⁴². Altı aylık süre dava şartı olup hâkim tarafından re'sen dikkate alınmak zorundadır⁵⁴³. Bu hükümden anlaşıldığı üzere terk nedeniyle boşanma davası açılabilmesi için terk eden eşin en az altı ay süreyle evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini

⁵³⁷ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 114; Helvacı/ Erlüle, s.174; Hatemi/ Serozan, s. 227, Velidedeoğlu, s. 207, Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 288; Kılınç, s. 201.

⁵³⁸ Y2HD.,E. 2013/22794, K. 2014/6354, T. 20.03.2014; “eşinden şiddet gören davalı kadının evi son terk edişinin de sebepsiz olduğu ileri sürülemez. Bu kabule göre de, eşine hakaret eden kadına nazaran, eşine şiddet uygulayan ve hakarete bulunan davacı koca; boşanmaya neden olan olaylarda ağır kusurludur”. Y2HD.,E. 1974/5372, K. 1974/5212, T. 23.09.1974; “Terk sebebine dayanan boşanma davasının reddedilmesi için, birliğin haklı sebeple terk edilmiş olmasının gerçekleşmesi yeterli olmayıp, kanunen korunmaya değer bir sebeple davete uyulmadığının sabit olması gerekir... Kadının dövülerek evden uzaklaştırılması, ihtara uymamaya kesin hak vermez. Kaldı ki olayda dövme olayı esasen sübuta da ermemiştir... Davanın reddedilmesi için eşin eve dönmesi hâlinde fena muamele göreceğinin, devamlı hakarete uğrayacağıının muhakkak ve mutlak olması şarttır. Oysa toplanan deliller, buna hiç bir bakımdan elverişli ve yeterli değildir. Öyle ise boşanmaya karar verilmesi gerekirken davanın reddedilmesi usul ve kanuna aykırıdır”.

⁵³⁹ Ayan, s. 45; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.114.

⁵⁴⁰ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.114, Köprülü/ Kaneti, s. 167, Velidedeoğlu, s. 207, Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 288.

⁵⁴¹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 114.

⁵⁴² Gözütok, s. 56.

⁵⁴³ TA Ünver/ ŞD Karaahmetoğlu, s. 590.

yerine getirmemek gayesi içerisinde ortak konuta dönmemesi gerekir⁵⁴⁴. Sürenin altı aydan fazla olması hâlinde bir üst sınır öngörülmemiştir. Yani altı ayın dolmasından sonra terk devam ettiği sürece terk edilen eş boşanma davası açabilir⁵⁴⁵.

Altı aylık sürenin Kanun maddesinden kesintisiz olarak devam etmesi gereken bir süre olduğu sonucu çıkarılmaktadır⁵⁴⁶. Fakat evi terk eden eşin iyi niyetli olmaması hâlinde yani her altı aylık sürenin dolmasına az bir süre kala ortak konuta dönüp bir süre kaldıktan sonra tekrar ortak konutu terk etmesi hâlinde; bunun hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi ve terkle geçen sürelerin toplamının dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁴⁷.

2.4.1.4.2.6. Davaya Hakkı Olan Eşin Talebiyle Hâkim Ya da Noter Tarafından Terk Eden Eşe İhtarda Bulunulması Ve Eşin Buna Rağmen Ortak Konuta Dönmemesi

Dava açma hakkı olan eş hâkim veya noter tarafından evi terk eden eşine eve dönmesi aksi takdirde boşanma davası açılacağı ve davanın sonuçları hususunda bir ihtar çektermelidir⁵⁴⁸. İhtar terk nedeniyle boşanma davasının vazgeçilmez unsurlarından biridir. Terk nedeniyle açılan davada terk koşullarının oluşup oluşmadığına bakılmaksızın ihtar gönderilir⁵⁴⁹.

Terkin gerçekleşmesinden itibaren en az dört ayın geçmesinden sonra gerektiğinde ilân yoluyla yapılacak ihtarla terk eden eşe iki ay içinde ortak konuta dönmesi aksi takdirde doğacak sonuçlar hakkında uyarıda bulunur. Davanın açılabilmesi için terkten itibaren en az dört ayın, ihtardan itibaren en az iki ayın geçmiş olması şarttır (md. 164/2).

Haklı nedenle ortak konutu terk eden eş, kendisine ihtar çekilmesinden sonra artık terk etmekte haklılığını değil, eve dönmemekte haklılığını kanıtlamak zorundadır. Eve dönmemekte artık haklı bir sebep kalmamışsa terk haklı nedenle terk vasfını da kaybetmiş

⁵⁴⁴ Helvacı/ Erlüle, s. 174; Kandil, s. 67; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 288; TA Ünver/ ŞD Karaahmetoğlu, s. 591; Y2HD.,E. 2019/5723, K. 2019/12399, T. 17.12.2019; “...eşlerden birinin evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri yerine getirmemek maksadıyla diğerini terk ettiği veya haklı bir sebep olmadan ortak konuta dönmediği takdirde, ayrılık en az altı ay sürmüş ve bu durum devam etmekte ise, istem üzerine hâkim tarafından yapılan ihtarın da sonuçsuz kalması hâlinde terk edilen eşin, boşanma davası açabileceğini hükme bağlamıştır”.

⁵⁴⁵ Ayan s. 45; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 114, Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 288.

⁵⁴⁶ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 114.

⁵⁴⁷ Ayan, s. 48; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 114.

⁵⁴⁸ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 115; TA Ünver/ ŞD Karaahmetoğlu, s. 592.

⁵⁴⁹ TA Ünver/ ŞD Karaahmetoğlu, s. 592; Y2HD.,E. 1998/9769, K. 1998/11338, T. 23.10.1998.

olur⁵⁵⁰. Dolayısıyla terk eden davalının haklı bir neden olmadan eve dönmemiş olması hâlinde ihtar hukuki sonuç doğuracaktır⁵⁵¹.

Terk ne kadar uzun sürerse sürsün ihtardan itibaren eve dönüş için iki ay daha beklenilmesi gerekmektedir. Fakat Kanun hükmünde iki ay içerisinde ortak konuta dönmesi aksi takdirde hakkında boşanma davası açılacağı hususunda ihtar çekileceği kuralına yer verildiği için evi terk eden eşi iki aydan sonraki bir süreç içerisinde ortak konuta dönmesi davanın açılmasını engellemeyecektir⁵⁵². Koşullar gerektiriyorsa ihtar ilan yoluyla yapılabilir⁵⁵³.

Ayrıca terk eden eşe eve dönmesi hususunda yapılacak ihtar samimi şekilde yapılmış ve gerçekten eve dönme koşullarının oluşturulmuş olması hâlinde geçerli bir ihtar olarak kabul edilecektir⁵⁵⁴. Aksi takdirde evin anahtarının verilmemesi veya eşin ortak yaşamı devam ettiremeyecek şekilde başka kişilerle birlikte aynı evin paylaşılması halleri ya da eşin dönebilmesi için gerekli yol parası gibi giderlerin eşe gönderilmemesi hâlinde; eşin eve dönmesi niyetini ortaya koyan samimi bir ihtar olarak değerlendirilmeyecektir⁵⁵⁵.

Eşe şiddet uygulanması, dövülmesi veya fena muamele görmesi nedeniyle bunlara maruz kalan eşin, evi terk etmek zorunda kalması hâlinde, şiddet uygulayan eşin bu davranışlarına devam edeceğine muhakkak nazarıyla bakılıyorsa bu takdirde eve dön ihtarına

⁵⁵⁰ Ayan, s. 49; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 115, Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 288; Y2HD.,E. 2005/11274, K. 2005/12936, T. 27.09.2005; “Toplanan delillerden, davalının (kadının) 2001 yılı mart ayından beri eşinden ayrı yaşadığı anlaşılmaktadır. Fiili ayrılık dört yıla ulaşmıştır. Terkin haklı sebebe dayanmış olması, terk eden eşe süresiz olarak eve dönmeme hakkını bahşetmez. Terke dayalı davanın reddedilebilmesi için terkte haklılığın değil, eve dönmemekte haklılığın kanıtlanması gerekmektedir”.

⁵⁵¹ YHGK, E. 2001/122, K. 2001/116, T. 14.02.2001.

⁵⁵² Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 288.

⁵⁵³ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 115; Kandil, s. 51.

⁵⁵⁴ Gözütok, s. 68; Hatemi/ Serozan, s. 227 “İhtarın sırf boşanma davasını açmak için şeklen yapıldığı, yoksa birlikte yaşama niyeti bulunmadığını gösteren nesnel belirtiler varsa ihtar edenin terk nedeniyle boşanma davası açma hakkı doğmuş sayılmaz”. Y2HD.,E. 2016/17490, K. 2018/5662, T. 09. 25.04.2018; “Terk sebebine dayanan boşanma davasının kabulü için usulüne uygun ve samimi ihtar tebliğine rağmen, ihtar edilen eşin haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmemesi gerekir. Davacı erkek tarafından 13.02.2012 tarihinde ihtar talebinde bulunulduğu hâlde, aradan çok uzun bir süre geçtikten sonra 02.11.2015 tarihinde terk nedenine dayanarak boşanma davası açılması, davacı erkeğin eve dön ihtarında samimi olmadığını göstermektedir. Ayrıca davalı kadın, 03.12.2012 tarihinde açılan ve kabul edilen Türk Medeni Kanunu'nun 197. maddesine dayalı bağımsız tedbir nafakası davası ile ayrı yaşamakta haklılığını kanıtlamış olmakla ortak konuta haklı sebeple dönmediği anlaşılmaktadır”; TA Ünver/ ŞD Karaahmetoğlu, s. 593.

⁵⁵⁵ Gözütok, s. 75; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.116

can korkusuyla uymamak haklı bir gerekçedir ve terk olarak nitelendirilemez. Bu hâlde eşe karşı terk nedeniyle boşanma davası açılamaz⁵⁵⁶.

Eşin eve dönmesi için gerekli koşullar sağlanmadan yapılan ihtar geçerli bir ihtar olarak kabul edilmez. Örneğin eşin ortak konuta dönmesi için yol parasına ihtiyacı varsa o yol parasının eş tarafından teslim alındığı andan itibaren ihtar geçerli bir ihtar olarak nitelendirilecek ve dönme için belirlenmiş iki aylık süre bu andan itibaren başlayacaktır⁵⁵⁷. İki aylık süre, evin anahtarını değiştirilmesi veya aile birliğinin devam ettirileceği başka bir ortak konuta geçilmesi hâlinde o evin anahtarının eşe ulaştırılması anından itibaren başlayacaktır⁵⁵⁸.

Terk eden eşe ihtar çekilmesi, terk eden eşin de ihtara uyarak evlilik birliğinin devam edeceği eve dönmesi ihtar çeken eş için terkin; terk eden eş içinde terk sebeplerinin artık önemini kaybettiği ve hoşgörü ile karşıladıkları sonucuna ulaştırır. Dolayısıyla ihtar çeken eşin terk nedeniyle ve evlilik birliğinin sarsılması nedeniyle, terk edenin de yine evlilik birliğinin sarsılması nedeniyle dava açma hakları ortadan kalkar⁵⁵⁹.

İhtar çekilmeden yıllarca fiilî ayrılık devam etse de boşanma davası açılamaz. Davacının ihtar çekmiş olması, Yargıtay tarafından samimi olarak gönderilen ihtardan önce gerçekleşen hadiselerin affedildiği, affedilen hadiseler dolayısı ile evlilik birliğinin sarsılmasına, zinaya, ya da haysiyetsiz hayat sürmeye dayalı boşanma davası açılmayacağı yönünde kararlar vermektedir. İhtar samimi değilse geçerli ihtar koşulları oluşmadığından terk nedeni ile açılan dava reddedilmektedir.

Terk hâlinde koşulların gerçekleşmesinden sonra hâkimin ayrıca eşler arasında evlilik birliğinin sarsılıp sarsılmadığını incelemesine gerek yoktur⁵⁶⁰. Terk kusura dayalı özel bir

⁵⁵⁶ **Y2HD.,E. 1974/5372, K. 1974/5212, T. 23.09.1974;** “Terk sebebine dayanan boşanma davasının reddedilmesi için, birliğin haklı sebeple terk edilmiş olmasının gerçekleşmesi yeterli olmayıp, kanunen korunmaya değer bir sebeple davete uyulmadığının sabit olması gerekir...Kadının dövülerek evden uzaklaştırılması, ihtara uymamaya kesin hak vermez. Kaldı ki olayda dövme olayı esasen subuta da ermemiştir.

Davanın reddedilmesi için eşin eve dönmesi hâlinde fena muamele göreceğinin, devamlı hakarete uğrayacağını muhakkak ve mutlak olması şarttır. Oysa toplanan deliller, buna hiç bir bakımdan elverişli ve yeterli değildir. Öyle ise boşanmaya karar verilmesi gerekirken davanın reddedilmesi usul ve kanuna aykırıdır”.

⁵⁵⁷ **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, s. 116.

⁵⁵⁸ **Kandil**, s. 51.

⁵⁵⁹ **Gözütok**, s. 75.

⁵⁶⁰ **Helvacı/ Erlüle**, s. 174; **TA Ünver/ ŞD Karaahmetoğlu**, s. 589.

boşanma sebebidir. Terk mutlak bir boşanma sebebi olduğundan Kanunda aranan koşulların gerçekleşmesi hâlinde hâkim boşanmaya karar vermek zorundadır.⁵⁶¹.

Yukarıda incelediğimiz kusura dayalı boşanma sebepleriyle açılan boşanma davalarında tarafların kusurluluğunun tespiti ve ispatlanmasında yaşanan güçlükler önemli bir sorun oluşturmaktadır. Boşanma davasında tarafların kusurluluğunun tespiti boşanma davalarının çok uzun sürmesinin en büyük sebeplerinden biridir. Kusurluluğun ispatında yaşanan ispat güçlüğü zaman zaman eşleri diğer tarafın gerçek olmayan kusurlu davranış ithamlarına maruz bırakmaktadır.

Evlilik birliğinin sona ermesinden sonra asıl olan amacın eşlerin çocukların ve yakın aile bireylerinin yaşayabilecekleri, evlilik birliğinin sona ermesinden kaynaklanan olumsuzlukları mümkün olduğu seviyede azaltmak olmasına rağmen; kusur araştırmasının yapılması hâlinde bunun eşlere ve çocuklara sosyolojik ve psikolojik birçok yönden zarar verdiği de görülmektedir.

Evlilik birliği ile toplum içinde sosyal düzenin oluşması, aile birliği içinde eşlerin sevgi, sadakat ve dayanışma içinde yaşam sürmesi ve çocuklar üzerinde eşlerin birlikte gözetimi, denetimi ve eğitimi sağlanarak ahlâki değerleri, eğitim seviyesi ve insani değerleri daha yüksek nesiller oluşması amaçlanır. Fakat boşanmanın ya da boşanma sonrası daha çok maddî faydanın sağlanması amacıyla eşlerin diğer tarafça gerçek olmayan kusurlu davranış ithamlarına maruz bırakılması, aile birliği ile amaçlanan faydaların tam aksine güvensiz, ilgisiz ve faydacı bir toplum oluşmasına da sebep olmaktadır.

2.4.1.5. Akıl Hastalığı

Evlilik birliğinin eşlere getirdiği yükümlülüklerden biri de yardım yükümlülüğüdür. Bu yükümlülüğün doğal sonucu olarak eşler birbirlerine hastalıkları dönemlerinde bakma ve şefkat gösterme mükellefiyeti üstlenmiş olurlar. Bu bakım yükümlülüğü eşin akıl hastalığı döneminde de geçerlidir. Elbette akıl hastalığı döneminde bakım yükümlülüğü süresiz olarak beklenemez⁵⁶².

⁵⁶¹ Gençcan (2020), s. 341.

⁵⁶² Velidedeoğlu, s. 213.

Akıl hastalığı hâlinde akıl hastası olan eş, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirememektedir. Dolayısı ile akıl hastalığı elverişsizlik ilkesine dayanan bir boşanma sebebi olarak düzenlenmiştir⁵⁶³. TMK'nın 165'inci maddesinde eşlerden birinin akıl hastası olması hâlinde diğer eşin boşanma davası açma hakkını düzenlemiştir. Bu hükme göre *“Eşlerden biri akıl hastası olup da bu yüzden ortak hayat diğer eş için çekilmez hâle gelirse, hastalığın geçmesine olanak bulunmadığı resmî sağlık kurulu raporuyla tespit edilmek koşuluyla bu eş boşanma davası açabilir”* (md. 165).

Bir kişinin akıl hastası olması kendi kusuruyla gerçekleşmeyeceğinden akıl hastalığına dayalı olarak boşanma davası açma hakkı da kusurlu davranışa dayanmaz⁵⁶⁴. Akıl hastalığının iyileşme imkânının olmaması da gerekir. Fakat iyileşmesi mümkün olmayan akıl hastalığının olması hâlinde bile ayrıca bu hastalık dolayısı ile ortak hayat diğer eş için çekilmez hâle gelmiş olmalıdır⁵⁶⁵. Ortak hayatın diğer eş için çekilmez hâle gelmiş olması koşulunun da aranması akıl hastalığına dayalı boşanma davasını nisbi nitelikte bir dava haline getirmektedir⁵⁶⁶.

Kanaatimce, akıl hastalığı hâlinde gözden kaçırılmaması gereken bir husus da akıl hastalığının ayırt etme kabiliyetini ortadan kaldırıp kaldırmadığıdır. Kanunda akıl hastalığı nedeni ile boşanma davası açılabilmesi için ayırt etme kabiliyetinin olmaması koşul olarak aranmamaktadır. Fakat akıl hastalığının kısıtlanmayı gerektirecek boyutta olmaması hâlinde davranışlarının da iradi olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Dolayısıyla tıbben akıl hastası kabul edilmekle birlikte iradi davranış gösteren eşin, zina etmesi, eşinin canına kast etmesi ya da pek kötü davranış göstermesi, suç işlemesi ya da haysiyetsiz hayat sürmesi veya eşini terk etmesi hâlinde davranışları iradenin varlığı dikkate alınarak nitelendirilmelidir. Akıl hastasının davranışları iradi olduğu sonucuna varılırsa kusursuz olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Bu durumda olan akıl hastasına karşı kusur gerektiren özel sebeplerle de boşanma davası açılabilir. Konuya ilişkin daha geniş açıklama boşanmanın malî sonuçları bölümünde yapılmıştır.

⁵⁶³ **Erol, Yasemin**, Akıl Hastalığına Dayalı Boşanma, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Sayı 1, Yıl 2011, s. 124.

⁵⁶⁴ **Erol**, s. 124; **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, s. 117; **Hatemi/ Serozan**, s. 227; **Velidedeoğlu**, s. 213; **Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar**, s. 288.

⁵⁶⁵ **Erol**, s. 125; **Velidedeoğlu**, s. 213; **Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar**, s. 288.

⁵⁶⁶ **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, s. 117; **Hatemi/ Serozan**, s. 227; **Velidedeoğlu**, s. 213; **Yağcıoğlu**, 941; **Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar**, s. 288.

2.4.1.5.1. Şartları

Akıl hastalığına bağlı olarak boşanma davası açılabilmesi için üç şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir⁵⁶⁷. Bunlar, akıl hastalığının eşler evli iken var olması, akıl hastalığının iyileşmeyeceğinin resmî sağlık kurulu raporu ile tespit edilmesi ve akıl hastalığı sebebiyle diğer eş için ortak hayatın çekilmez hâle gelmiş olmasıdır⁵⁶⁸.

2.4.1.5.1.1. Evlilik Sırasında Akıl Hastalığının Mevcudiyeti

Kanun'da eşin akıl hastalığına evlilik birliğinden önce mi yoksa evlilik birliğinden sonra mı yakalandığı hususunda herhangi bir düzenleme olmamakla birlikte bu durumun dava açma hakkı açısından bir önemi olmadığı anlaşılmaktadır. Kanunda aranan husus akıl hastalığının evlilik sırasında devam ediyor olmasıdır⁵⁶⁹. Yani eşlerden biri diğerinin akıl hastalığı olduğunu evlenmeden önce biliyor olsa bile akıl hastalığına dayalı olarak boşanma davası açmasına bir engel yoktur⁵⁷⁰.

2.4.1.5.1.2. Akıl Hastalığının İyileşmeyeceği Resmî Sağlık Raporuyla Tespit Edilmeli

Akıl hastalığının boşanma sebebi olabilmesinin bir koşulu da akıl hastalığının tedavisinin mümkün olmamasıdır⁵⁷¹. Bu nedenle akıl hastalığının geçici bir sebeple gerçekleşmesi ya da tedavisi mümkün olan bir hastalık olması hâlinde akıl hastalığına dayanılarak boşanma davası açılmayacaktır⁵⁷². 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 133. maddesinde akıl hastalığının en az üç yıldır devam etmesi koşulu aranmaktaydı. 4721 sayılı Medeni Kanun ile bu süre sınırlaması kaldırılmıştır⁵⁷³.

⁵⁶⁷ Dural/ Ögüz/ Gümü, s. 117; Hatemi/ Serozan, s. 227; Köprülü/ Kaneti, s. 172; Velidedeoğlu s. 213, Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 289.

⁵⁶⁸ Köprülü/ Kaneti, s. 167; Velidedeoğlu, s. 213, Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 288.

⁵⁶⁹ Erol, s. 128; Dural/ Ögüz/ Gümü s. 117.

⁵⁷⁰ Yağcıoğlu, s. 966.

⁵⁷¹ Erol, s. 131; Yağcıoğlu, 970.

⁵⁷² Hatemi/ Serozan, s. 227; Köprülü/ Kaneti, s. 167; Velidedeoğlu, s. 213; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 288; Y2HD., E. 2018/3075, K. 2018/7120, T. 31.05.2018; “Akıl hastalığı sebebiyle (TMK m. 165) boşanmaya karar verilebilmesi için, akıl hastalığının ortak hayatı diğer eş için çekilmez hale getirmesi ve hastalığın geçmesine olanak bulunmadığının resmi sağlık kurulu raporuyla tespit edilmesi şarttır (TMK. m. 165). Mahkemece akıl hastalığı hukuki sebebi ile boşanmaya (TMK m. 165) karar verilmiş ise de; ...Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Birliği Kurulundan alınan 23.10.2014 tarihli sağlık kurulu raporunda, davalının akıl hastalığının geçmesine olanak bulunmadığı yönünde herhangi bir açıklama bulunmamaktadır Bu durumda alınan rapor Türk Medeni Kanununun 165. maddesi kapsamı karşısında yetersiz olup hüküm vermeye elverişli değildir”.

⁵⁷³ Erol, s. 129.

2.4.1.5.1.3. Ortak Hayat Akıl Hastalığı Sebebiyle Diğer Eş İçin Çekilmez Hâle Gelmeli

Akıl hastalığı nisbi nitelikli boşanma sebeplerinden biridir. Akıl hastalığı hâlinde boşanma davasının açılabilmesi için son koşul dava açma hakkı olan eş açısından diğer eşin akıl hastası olmasının ortak hayatı çekilmez hâle getirmesidir⁵⁷⁴. Yani sağlıklı eş bakımından ortak hayat çekilmez hâle gelmemiş ise akıl hastalığı sebebiyle boşanma davası açabilmesi de mümkün olmayacaktır. Ortak hayatın çekilmez hâle gelip gelmediğini ise hâkim takdir edecektir⁵⁷⁵.

2.4.1.5.2. Davanın Süreye Tabi Olmaksızın Açılabilmesi

Akıl hastalığı sebebiyle davanın açılabilmesi için koşullar mevcut olduğu sürece herhangi bir hak düşürücü süre öngörülmemiştir. Yani dava her zaman açılabilir⁵⁷⁶.

Özel boşanma sebepleri ile evlilik birliğinin sarsılması arasındaki ilişkide özellikle üzerinde durulması gereken hususlardan biridir.

161. 162. ve 164. maddelerde belirtilen boşanma sebeplerinde aranan vakıaların gerçekleşmesi hâlinde evlilik birliğini derin ve onarılamaz bir şekilde sarstığı yasa koyucu tarafından baştan karine olarak kabul edilmiştir⁵⁷⁷. Hatta bu sebeplerdeki evlilik birliğini sarsıcı etki o kadar ağırdır ki araştırılmasına bile gerek yoktur. Bunun yanında suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme hâlinde “onunla birlikte yaşamayı diğer eşten beklenemezse”, akıl hastalığı hâlinde “ortak hayat diğer eş için çekilmez hâle gelirse” denilmek suretiyle evlilik birliğinin sarsıldığı kabul edilmektedir.

Evlilik birliği içinde karşılaşılabilecek her vakıa, her durum bütün evliliklerde aynı etkiyi oluşturmaz. İnsanın sosyolojik ve psikolojik yanı olduğu düşünüldüğünde; kusura dayalı boşanma sebeplerinde belirtilen vakıaların her evlilik birliğinde eşlerin kendi sosyolojik ve kültürel yapıları, dünya görüşleri ve hayat tarzlarına göre değerlendirme yapılmasını zorunlu

⁵⁷⁴ Berki (1975), s. 142; Erol, s. 132; Köprülü/ Kaneti, s. 167; Velidedeoğlu, s. 213; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 288; Yağcıoğlu, 971.

⁵⁷⁵ Dural/ Ögüz/ Gümüş s. 117; Hatemi/ Serozan, s. 227; Köprülü/ Kaneti, s. 167; Velidedeoğlu, s. 213; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 288.

⁵⁷⁶ Berki (1975), s. 142; Erol, s. 134; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 118; Yağcıoğlu, s. 974.

⁵⁷⁷ Y2HD.,E. 2014/1592, K. 2014/17457, T. 16.09.2014.

kılar. Bu durum özellikle belirli bir standardı olmayan pek kötü veya onur kırıcı davranış ile haysiyetsiz hayat sürme hâlinde kendini gösterir. Dolayısıyla sözü edilen vakıaların evlilik birliğinin devam edip etmemesi açısından önemli olan, vakıaların gerçekleşmesinden ziyade; evlilik birliğinde yarattığı yıkıcı etkidir. Özel boşanma sebeplerinin gerçekleşmiş olmasına rağmen evlilik hâlen devam ediyorsa bu durum bahsedilen o evlilik için gerçekleşen boşanma sebebinin çok da önemli olmadığını gösterir. Yani bu evlilik birliği olanlardan etkilenmemiş; temelinden sarsılmamıştır. Aslında gerçekleşen vakıa her ne olursa olsun evlilik birliğinin temelinden sarsılması hâlinde vakıa bir anlam ifade etmektedir.

Özel boşanma sebeplerinden olan suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme gerekçesiyle boşanma davası açılması hâlinde, eşlerden birinin küçük düşürücü suç işlemesi veya haysiyetsiz hayat sürmesinin ancak diğer eş için onunla birlikte yaşaması beklenemediği takdirde boşanmaya karar verilmektedir. Aynı şekilde akıl hastalığına dayalı olarak boşanma davası açılması hâlinde de eşlerden birinin akıl hastası olması tek başına boşanma davası açmaya yeterli görülmemiş; aynı zamanda akıl hastalığının diğer eş için ortak hayatı çekilmez kılması koşulu da aranmıştır.

Bu hükümlerden de anlaşıldığı üzere boşanma sebeplerinden birinin gerçekleşmiş olması esas itibarıyla tek başına evliliği boşanmaya götürmemektedir. Suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme ve akıl hastalığının yanında “*birlikte yaşamanın mümkün olmadığı*” koşulunun da gerçekleşmesi aranmakla birlikte; kanaatimce özel boşanma sebeplerinden hangisi gerçekleşmiş olursa olsun gerçekleşmiş bu vakıa ancak evlilik birliğini temelinden sarsmış ise boşanmaya sebep olmaktadır. Özel boşanma sebeplerinin gerçekleşmesi sadece dava hakkı vermekte dava hakkı olan eş, ancak evlilik birliğinin sarsılması hâlinde dava hakkını kullanmaktadır.

2.4.2. Boşanmanın Genel Sebepleri

Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesinin sadece Kanunda aranan belirli koşulların gerçekleşmesine bağlı kılınması hayatın gerçekleri ile bağdaşmaz⁵⁷⁸. Evlilik birliği ile amaçlanan hedeflerin artık mümkün olmadığını gösterebilecek özel boşanma sebeplerinin dışında sayılamayacak kadar çok neden ortaya çıkabilmektedir. Hayatın akışına uygun olarak

⁵⁷⁸ Yener, s. 250.

meydana gelebilecek bu nedenlere dayalı olarak da boşanmaya karar verilebilmesi zorunluluk oluşturur⁵⁷⁹. İşte ismen kesin olarak söylenemese de, sayma yoluyla belirlenemese de her durumu karşılayamayan özel boşanma sebeplerinin dışında bir boşanma gerekçesi daha olması gereğinden hareketle evlilik birliğinin sarsılması, genel boşanma sebebine Kanunda yer verilmektedir⁵⁸⁰. Evlilik birliğinin sarsılması, hayatın olağan akışına göre evlilik birliğinin devam etmesinin beklenemeyecek hâle gelmesidir. Bu hususun belirlenebilmesi için hâkime takdir hakkı verilmiştir. Hâkim eşlerin maddî, manevî, sosyal, kültürel ve çevresel birçok koşulunu dikkate alarak bu takdir hakkını kullanır. Hâkim tarafların beyanları ile dahi bağlı olmayıp vicdanen kanaat getirmediğçe boşanmaya hükmetmez⁵⁸¹.

Eşlerin, TMK 166/ 1. fıkrasında ortak yaşamı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede evlilik birliğinin sarsılmış olması, TMK 166/ 3. fıkrasında eşlerin anlaşmasına dayanan boşanma hali, TMK 166/ 4. fıkrasında ise herhangi bir sebeple açılmış olan bir boşanma davasının reddedilmesinden sonra fiilen üç yıl evlilik birliğinin tekrar kurulamamış olması hali düzenlenmiştir⁵⁸². Bu üç boşanma sebebi de ortak yaşamın temelden sarsılması esasına dayanmaktadır⁵⁸³.

Anlaşmalı boşanma (TMK md.166/3) ve evlilik birliğinin tekrar kurulamaması (TMK md.166/4) hallerinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğu karine olarak kabul edildiği kanun hükmünde yer alırken; (TMK md.166/1) hâlinde eşlerden en az biri için ortak hayatın sürdürülmesinin kendisinden beklenemeyecek derecede sarsılmış olduğu hususunda hâkim kanaate ulaşmalıdır.

⁵⁷⁹ Çakın, s. 37.

⁵⁸⁰ TA Ünver/ ŞD Karaahmetoğlu, s. 596.

⁵⁸¹ Çakın, s. 38.

⁵⁸² Akıntürk/ Ateş, s. 273; Kayhan/ Ünlütepe, s. 309.

⁵⁸³ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.118; H.G.K, E. 2017/2420, K. 2019/750, T. 20.06.2019; “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”.

2.4.2.1. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması

2.4.2.1.1. Genel Olarak

743 sayılı Eski Medeni Kanunda imtizaçsızlık⁵⁸⁴, 4721 sayılı Medeni Kanunda evlilik birliğinin sarsılması olarak düzenlenen boşanma sebebi, boşanmanın genel sebebi olarak ifade edilir. 4721 sayılı TMK'nın 166/1 inci fıkrasındaki hükme göre; eşlerden sadece birisi için evlilik birliğinin sarsılmış olması yeterlidir; bu koşulun aynı anda her ki eş için gerçekleşmesi aranmaz⁵⁸⁵.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması kusura dayalı bir boşanma sebebi değildir⁵⁸⁶. Evlilik birliğinin sarsılmasının sebepleri birkaç tür hâlinde görülebilir. Bunlardan birincisi, aile birliğinden doğan aile konutunu seçmek, aile olarak birlikte yaşamak, aile giderlerine katkı sağlamaya çalışmak, çocukların bakım ve gözetimini sağlamak gibi yükümlülüklerin yerine getirilmesinden kaçınmak şeklinde görülebilir. İkincisi, aile içi şiddet, şeref ve haysiyete yönelik davranışlar, aşağılama veya hakaret etme, saygısız davranışlar, madde bağımlılığı, normal karşılanamayacak seviyede alkol tüketimi gibi eylemler şeklinde de görülebilir. Diğer bir görünümü ise eğitim, kültür, dini inanç, mizaç ve karakter uyumsuzluğu, hastalık, cinsel yetersizlik, aşırı kıskançlık ve benzeri bir durum olabilir⁵⁸⁷. Görüldüğü üzere evlilik birliğinin sarsılmasına sebep olabilecek hal ve davranışların bazıları kusurlu bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi bazılarında ise kusurlu davranış söz konusu olmaz⁵⁸⁸. Dini inanç, mizaç ve karakter uyumsuzluğu, hastalık, cinsel yetersizlik vb. hallerin varlığını herhangi bir kişinin iradi davranışına dolayısıyla kusuruna bağlamak mümkün değildir⁵⁸⁹. Dolayısıyla evlilik birliğinin sarsılmasına sebep olan davranışta eşlerden biri kusurlu olsa da olmasa da dikkate alınan ölçüt evlilik birliğinin sarsılıp sarsılmadığıdır.

Bunun yanında 4721 sayılı TMK'nın 161/2 inci fıkrasında kusurla ilgili bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre evlilik birliğinin ortak yaşamı sürdürmeleri

⁵⁸⁴ Schwabz/ Mimaroglu, s. 334.

⁵⁸⁵ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 118.

⁵⁸⁶ Anıl, s. 28; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 118; Kayhan/ Ünlütepe, s. 307; Tekben, s. 1113.

⁵⁸⁷ Burcuoglu, Haluk, Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi Ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 48, Sayı: 1-4, Yıl:1983, s. 139; s. 135; İpek, s. 43 vd., İnal, Nihat, Boşanma Nafaka Davaları, Vadi Grafik, Ankara, s. 162.

⁵⁸⁸ Ünlütepe, s. 232.

⁵⁸⁹ Ünlütepe, s. 241.

kendilerinden beklenmeyecek derecede temelden sarsılmış olmasına dayanarak boşanma davası açan eşin ortak yaşamın temelden sarsılmasında daha kusurlu olması hâlinde, davalı eşe itirazda bulunma hakkı tanınmıştır⁵⁹⁰. Dolayısıyla ortak yaşamın temelden sarsılmasına dayalı boşanma her ne kadar kusura dayalı olmasa da; bu boşanma sebebinde kusurun hiçbir etkisi olmadığı sonucuna varmak da mümkün değildir. Özellikle evlilik birliğinin sarsılmasına, aile birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesinden kaçınmak ve hakaret, aile içi şiddet gibi kusurlu davranışlar ile sebep olunması hâlinde kusurun tamamen göz ardı edilmediği görülmektedir. Fakat bu hâlde dahi kusurluluk evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmışsa sonuç doğurmaktadır⁵⁹¹. Burada kastedilen itiraz teknik manada itiraz değil bir defa niteliğindedir⁵⁹².

Evlilik birliğinin temelden sarsılmış olup olmadığını objektif verilere göre ve eşler açısından sübjektif değerlendirme ile hâkim takdir edecektir⁵⁹³.

Evlilik birliğinin ayakta tutulması toplum menfaati ilkesine uygun bir yaklaşımdır. Fakat evlilik birliğinin sarsılması ilkesine dayanan boşanma taleplerinde her türlü evliliğin ayakta tutulması değil; ortak hayatın devamı mümkün olan evliliklerin ayakta tutulması esastır⁵⁹⁴. Evlilik birliği çökmüş, devamı artık imkânsız hâle gelmiş ve dolayısıyla ailenin hiçbir üyesi için devamında yarar kalmamış evliliklerin devama zorlanması beklenen yarardan çok zarara sebep olacaktır⁵⁹⁵.

2.4.2.1.2. Evlilik Birliğinin Temelden Sarsılmasına Dayalı Boşanmanın Şartları

Evlilik birliğinin temelden sarsılmış olması sebebiyle boşanma davası açılabilmesi için kanunda üç şart öngörülmüştür. Bunlardan birincisi evlilik birliğinin temelden sarsılması⁵⁹⁶, bir diğeri sarsılmanın eşlerden en az biri veya her ikisi açısından ortak hayatı sürdürmeleri

⁵⁹⁰ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.118; Akıntürk/ Ateş, s. 273.

⁵⁹¹ Tekben, s. 1107; Yılmaz, s. 156.

⁵⁹² Gençcan (2020), s. 510; Tekben, s. 1107.

⁵⁹³ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.118.

⁵⁹⁴ Ünlütepe, s. 155.

⁵⁹⁵ Yılmaz, s. 156.

⁵⁹⁶ TA Ünver/ ŞD Karaahmetoğlu, s. 596; YHGK.,E. 2017/2709, K. 2020/987, T. 02.12.2020; “...evlilik birliğinin temelden sarsılması nedeniyle boşanma davası açan davacının, davasının kabul edilerek, boşanma kararı elde edebilmesi için iki koşulun gerçekleştiğini kanıtlamış olması gerekir. Bunlardan ilkinde davacı; kendisinden, evlilik birliğinin devamı için gereken “ortak hayatın sürdürülmesi” olgusunun artık beklenmeyecek derecede birliğin temelden sarsıldığını, ikinci olarak “temelden sarsılmanın” karşı tarafın kusurlu davranışları sonucu gerçekleştiğini ispatlamak zorundadır”.

kendilerinden beklenmeyecek derecede evlilikte geçimsizliğe sebep olması⁵⁹⁷, üçüncüsü ise davalı eşin davacının daha kusurlu olduğu gerekçesi ile bir itiraz ileri sürmemiş veya ileri sürdüğü itirazın reddedilmiş olmasıdır⁵⁹⁸.

2.4.2.1.2.1. Evlilik Birliğinin Temelden Sarsılması

Evlilik birliğinin temelinden sarsılması ile anlaşılması gereken eşlerin, evlilik birliğinden beklentileri ve evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi hususunda önemli derecede fikir veya duygu ayrışması yaşıyor olmasıdır.⁵⁹⁹ Evlilik birliğinin sarsılmasının sebebi eşlerden birinin kusurlu bir davranışı olabileceği gibi her iki eşinde kusursuz olduğu bir halde olabilir⁶⁰⁰. Dolayısı ile evlilik birliğini sarsan vakıa ve davranışlar hukuka aykırı olabileceği gibi hukuka uygun da olabilir⁶⁰¹.

Evlilik birliğinin sarsılması belirli bir olayın gerçekleşmesiyle değil; eşler arasında geçimsizliğe sebep olan belirsiz ve sayısız herhangi bir olayın sonucu meydana gelebilir⁶⁰². Evlilik birliğinin sarsılmasında eşlerin sosyal ve kültürel yapısı, yaşam çevreleri, dünya görüşleri, dini inançları, eşlerin yaradılıştan sahip oldukları karakter özellikleri ve ekonomik sebepler etkili olabilir⁶⁰³.

Evlilik birliğinin temelden sarsılması boşanma sebebinin kusura dayanan bir boşanma sebebi olmamasından dolayı ortak yaşamın temelden sarsılmasının sebebi davayı açan eşin davalı eş ile yaşadığı fikir veya duygu ayrışması⁶⁰⁴ olabileceği gibi evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri yerine getirme hususunda imkân ve kabiliyet kaybı da olabilir⁶⁰⁵.

⁵⁹⁷ TA Ünver/ ŞD Karaahmetoğlu, s. 596.

⁵⁹⁸ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 119.

⁵⁹⁹ Çakın, s. 56; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.119; Velidedeoğlu, s.215; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 289.

⁶⁰⁰ Tekben, s. 1085.

⁶⁰¹ Yılmaz, s. 155.

⁶⁰² Tekben, s. 1115; Velidedeoğlu, s. 216, “İmtizaçsızlık genel sebebini doğuran hayat olayları birbirine benzemez çok çeşitli ve devamlı surette değişiktir. Bunların önceden tayin ve tespit edilmesi ve bir çerçeveye bir maddenin dar sınırları içine sığdırılması; yani meselenin kazuistik bir metotla düzenlenmesi imkânsızdır ve bu sebeplerdir ki; Kanunumuz hâkime çok geniş takdir serbestisi bırakan elastiki bir ifade kullanmıştır”.

⁶⁰³ İnal, s. 164; Velidedeoğlu, s. 216; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 289.

⁶⁰⁴ Velidedeoğlu, s. 216; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 289.

⁶⁰⁵ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 119.

Özel boşanma sebebi olarak düzenlenmiş olan zina, hayata kast pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme ve terk evlilik birliğinin sarsılmasının sebebi olabilir. Ayrıca bu özel boşanma sebeplerinin koşulları tam oluşmakla birlikte ispat güçlüğü yaşınsa ya da tam olarak oluşmasa dahi; örneğin diğer eşin zina olmamakla birlikte nahoş davranışları, suç işlenmemekle birlikte güven sarsıcı davranışları evlilik birliğinin sarsılmasına sebep olabilir⁶⁰⁶.

Evlilik birliğinin sarsılması için eşlerin birlikte yaşıyor olmaları zorunluluğu da yoktur. Eşlerin fiilî veya mahkeme kararına dayalı olarak ayrı yaşadıkları dönemlerde de özellikle sadakat yükümlülüğünün ihlali ile evlilik birliği sarsılabilir⁶⁰⁷.

Hâkim ortak hayatın sürdürülmesinin beklenemeyeceği derecede evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığını ve eşlerin sarsılmaya sebep olduğunu iddia ettikleri hadiseleri, hem objektif verileri değerlendirerek hem de davacı açısından sübjektif değerlendirme yaparak⁶⁰⁸ eşlerin maddî ve manevî durumlarını, yetiştirme tarzlarını, sosyal çevrelerini düşünce yapılarını, genel yaşam tarzları, toplum içerisindeki davranışları ve birbirleri ile olan ilişkilerinin niteliği ve inançlarını da nazara alarak takdir edecektir⁶⁰⁹.

Hâkim hem objektif hem sübjektif değerlendirmesi sonucunda evlilik birliğinin temelinden sarsılmadığı kanaatine varırsa davayı reddedilecektir⁶¹⁰. Yani boşanma gerçekleşmeyecektir. Yargıtay taraflardan birinin evlilik birliğinin sarsılmış olduğu gerekçesi ile dava açmış olmasına rağmen; hâlen aynı evde birlikte yaşamaya devam etmelerini evlilik birliğinin sarsılmadığının göstergesi olarak değerlendirmektedir⁶¹¹. Bu görüşün aksini savunan

⁶⁰⁶ Tekben, s. 1087.

⁶⁰⁷ Ünlütepe, s. 165.

⁶⁰⁸ Dural/ Ögüz/ Gümü, s. 119.

⁶⁰⁹ Anıl, s. 38; Köprülü/ Kaneti, s. 175; Velidedeoğlu, s. 217; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 290; Y2HD., E. 1992/8664, K. 1992/9376, T. 09.10.1992; “Evlilik birliği, müşterek hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir...Evlilik birliği için ortaya çıkan maddi olgular birliğin temelinden sarsıldığını, birliğin devam ettirmelerinin hayatın olağan akışı içinde beklenemez hale geldiğini gösterebilir. Davada davacı, bu olguları ispat ile kanunda gösterilen unsurların oluştuğu yönünde hâkime kanaat vermeye (MK. 150/1) çalışacaktır. Hâkim; ortaya konan maddi olguları, eşlerin maddi, manevi ve sosyal durumları, yetiştirme tarzları, mizaç ve düşünceleri, inançları, yaşadıkları muhiti dikkate alarak değerlendirmek zorundadır”.

⁶¹⁰ Anıl, s. 43; Hatemi/ Serozan, s. 227; Köprülü/ Kaneti, s. 175.

⁶¹¹ Y2HD.,E. 2010/343, K. 2010/361, T. 30.06.2010; “Türk Medeni Kanununun 166/1.maddesi uyarınca boşanmaya karar verilebilmesi için evlilik birliğinin, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olması gerekir. Dinlenen tanık sözlerinden, boşanma davasından sonra da tarafların aynı evde birlikte yaşamaya devam ettikleri anlaşılmaktadır. Bu hal, evlilik birliğinin temelinden sarsılmadığını, ortak hayatın sürdürülmesinin fiilen mümkün olduğunu göstermektedir. O hâlde, davanın reddi gerekirken boşanmaya karar verilmesi doğru bulunmamıştır”.

görüşlerde doktrinde yer almaktadır. Bu görüşe göre, evlilik birliği eşler arasında ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede sarsılmış olmakla birlikte, eşler içerisinde bulundukları ekonomik veya sosyal nedenlerle aynı çatı altında yaşamaya devam edebilirler. Eşlerin aynı çatı altında yaşıyor olmaları evlilik birliğinin eşlere yüklediği hak ve yükümlülüklerle uygun olarak evlilik birliğine devam edildiği sonucunu vermez. Önemli olan evlilik birliği içerisinde sadece aynı çatı altında yaşamak değil; evlilik birliğinin gereklerine uygun yaşama istek ve gayreti içerisinde bulunmaya devam etmektir. Dolayısıyla eşlerin içinde bulundukları zorluklar nedeniyle aynı çatı altında yaşama mecburiyetinde olmaları evlilik birliğinin temelinden sarsılmadığını, ortak hayatın sürdürülmesinin fiilen mümkün olduğunu kanıtlamaz⁶¹². Kanaatimce de her koşul her evlilik birliği için aynı standart sonucu vermeyecektir; bu nedenle hâkim her durumda ayrı ayrı evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığı hususunda kanaate varmalıdır.

Herhangi bir aile birliği içerisinde aile bireylerinin birbirlerine karşı olması gereken davranış tarzına uymayan ve hatta kişilik haklarına saldırı niteliğinde olan bir davranış, bir başka aile birliği içerisinde sıradan ve eşlerin hiç de etkilenmediği geçimsizliğe sebep olmayan bir davranış şeklinde tezahür edebilir⁶¹³. Dolayısıyla objektif olarak bir vakıanın varlığı her zaman o aile birliği içerisinde evlilik birliğinin temelinden sarsılması sonucunu doğurmaz⁶¹⁴. Bu nedenle genel bir ölçüt olarak, ortalama bir aile birliği içerisinde eşlerin birbirlerine karşı hakaret içerikli konuşmaları, kötü muamelede bulunmaları, küçük düşürücü davranışlar göstermeleri, toplum tarafından hoş görülmecek ahlâka aykırı hayat sürmeleri veya aile birliğinin eşlere yüklediği yükümlülükleri yerine getirmekten kaçınmaları doktrinde ve özellikle yüksek yargı içtihatlarında ortak hayatın sürdürülmesi beklenmeyecek derecede evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebi olarak değerlendirilmektedir⁶¹⁵.

Eşlerden birinin koşulların oluşmasına bağlı olarak diğerine yönelik yasadan doğan hak ve yetkilerini kullanması ortak yaşamın sürdürülmesi beklenmeyecek derecede evlilik birliğinin temelinden sarsılması olarak değerlendirilemez⁶¹⁶. Özellikle aile mal varlığı ve eşinin mal varlığı üzerinde olumsuz sonuçlar doğurabilecek davranışlar içerisinde bulunan eşin fiil

⁶¹² Camcı, Ömer, Boşanma Tazminat Ve Yoksulluk Nafakası, *Kazancı Matbaacılık Sitesi*, İstanbul, Yıl: 1988, s. 51.

⁶¹³ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 120; Kayıhan/ Ünlütepe, s. 308; Köprülü/ Kaneti, s. 175; Velidedeoğlu, s. 217. Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 290.

⁶¹⁴ Anı, s. 37; Köprülü/ Kaneti, s. 175; Velidedeoğlu, s. 217.

⁶¹⁵ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 120.

⁶¹⁶ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 120.

ehliyetinin kısıtlanması hususunda diğer eşin yapmış olduğu başvuru evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına gerekçe gösterilemez. Eşlerden birinin Kanunda belirtilen sorumlulukları çerçevesinde, örneğin başka eşinden olan çocuğu üzerinde bakım ve gözetim görevlerini yerine getirmesi de evlilik birliğinin temelinden sarsılması gerekçesi olarak değerlendirilmeyecektir.

2.4.2.1.2.2. Temelinden Sarsılma Eşlerden Biri Veya Her İkisi için Ortak Hayatı Sürdürmeleri Kendilerinden Beklenmeyecek Derecede Olmalı

Sadece boşanmaya sebep olabilecek bir olay meydana gelmiş olması tek başına boşanma gerekçesi olarak yeterli olmayacak; meydana gelen olayın aynı zamanda geçimsizliğe sebep olması da aranacaktır⁶¹⁷. Çekilmezliğin sadece bir eş bakımından gerçekleşmiş olması yeterlidir⁶¹⁸.

Eşlerden en az biri için ortak hayatın sürdürülmesinin beklenemeyeceği derecede evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığı yani geçimsizliğe sebep olup olmadığı hususunda hâkime takdir yetkisi tanınmıştır⁶¹⁹.

2.4.2.1.2.3. Davacının Daha Kusurlu Olduğu Hususunda Yapılan İtirazın Reddedilmiş Olması Ya da Davalının Böyle Bir İtirazda Bulunmaması

Ortak yaşamın sürdürülmesinin beklenemeyeceği derecede evlilik birliğinin temelinden sarsılması kusura dayalı bir boşanma sebebi değildir⁶²⁰. Dolayısıyla davacının veya davalının kusurlu olup olmaması davanın açılması bakımından önem arz etmez. Önemli olan evlilik

⁶¹⁷ Anıl, s. 38; Hatemi/ Serozan, s. 228; Köprülü/ Kaneti, s. 175; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 290; Y2HD.,E. 2012/20678, K. 2013/6745, T. 13.03.2013; “Yapılan soruşturma ve toplanan delillerden davalı-davacı kocanın davacı-davalı kadına fiziksel şiddet uyguladığı anlaşılmaktadır. Bu hâlde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Olayların akışı karşısında davacı-davalı dava açmakta haklıdır. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre”, “Yapılan tahkikat ve toplanan delillerden; davalı kocanın eşine birden çok kez fiziksel şiddet uyguladığı geçim ve bakım yükümlülüğüyle ilgili birlik görevlerini yerine getirmediği; buna karşılık, davacı kadının da eşine karşı normal davranış sınırını aşar derecede kıskanç davranışlar sergilediği ve eşini tehdit ettiği anlaşılmaktadır. Tarafların açıklanan bu kusurlu davranışları karşısında; evlilik birliğinin ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsıldığının ve boşanma koşullarının gerçekleştiğinin (TMK.md.166/1) kabulü gerekir. Ortak hayatın yeniden kurulması olasılığının mevcut olduğunu gösteren delil bulunmamaktadır”.

⁶¹⁸ Tekben, s. 1090.

⁶¹⁹ Anıl, s. 38; İnal, s. 163; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 290; Köprülü/ Kaneti, s. 175; Tekben, s. 1091.

⁶²⁰ Hatemi/ Serozan, s. 227; Kayıhan/ Ünlütepe, s. 307; Köprülü/ Kaneti, s. 175; Velidedeoğlu, s. 219.

birliğinin sarsılmış olmasıdır⁶²¹. Bu nedenle esas olarak taraflar boşanma sebebinde birbirlerinin kusurunu ispatlamak yükümlülüğü altında da değillerdir. Kusur evlilik birliğinin sarsılmasının unsuru olmadığı için evlilik birliğinin çekilmez hâle gelme sebebinde kusurlu bir davranış zorunlu değildir. Eşlerden hiçbirinin kusuru olmasa dahi evlilik birliği sarsılabilir⁶²².

eMK'da şiddetli geçimsizlik için aranan “kusursuz olma ya da diğer eşe göre daha hafif kusurlu olma” uygulanmasını 4721 Sayılı TMK döneminde de hâlen doktrinde savunan görüşler olduğu gibi Yargıtay kararlarında da bu görüşün kabul edildiği görülmektedir⁶²³. Böylece boşanmaya karar verilebilmesi için “davalının az da olsa kusurlu olması” koşulu aranarak kusur gizli bir şart haline getirilmektedir⁶²⁴. Yargıtay’ın bu uygulaması doktrinde genel olarak eleştirilmektedir⁶²⁵. Kanaatimce de Yargıtay’ın kusura dayalı olmayan evlilik birliğinin sarsılması sebebinde davalının az da olsa kusurlu olması gerektiği yönünde ki uygulaması doğru değildir.

⁶²¹ Ünlütepe, s. 179; Yılmaz, s. 157.

⁶²² Anıl, s. 40; Ünlütepe, s. 178; YHGK, E. 2014/594, K. 2015/2795, T. 04.12.2015; “4721 sayılı Türk Medenî Kanunu (TMK)’nın “Evlilik birliğinin sarsılması” başlıklı 166/I- II. maddesi; “Evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir... Yukarıdaki fıkrada belirtilen hallerde, davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır. Bununla beraber bu itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir”. Hükmünü içermektedir... Anılan madde gereğince evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle boşanmaya karar verilebilmesi için; biri objektif, diğeri sübjektif olmak üzere başlıca iki şartın gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Objektif şart; evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması, sübjektif şart ise; ortak hayatın çekilmez hale gelmiş bulunmasıdır... Söz konusu hüküm uyarınca, evlilik birliği, eşler arasında ortak hayatı çekilmez duruma sokacak derecede temelinden sarsılmış olduğu takdirde, eşlerden her biri kusurlu olsa dâhi boşanma davası açabilir. Yani dava açabilme hakkı, eşlerden birinin kusursuz olması şartına bağlanmış değildir. Başka bir deyişle, boşanma davası açabilmek için, geçimsizlikten dolayı evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olmasının mutlaka eşlerden birinin kusurundan ileri gelmiş olması gerekmediği gibi, davacı eşin de bunda kusurunun bulunmaması şart değildir. Eşlerden her ikisi de kusurlu olsa veya her ikisinin de kusuru bulunmasa bile, yine de boşanma davası açılabilir. Çünkü evlilik birliğinin sarsılması, kusura dayanan bir boşanma sebebi değildir (Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku, C. 2, 14. Baskı, İstanbul 2012, s. 261 vd.)... Evlilik birliğinin ortak hayatı sürdürmeleri eşlerden beklenemeyecek derecede temelinden sarsılmış olması durumunda, davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı bulunmaktadır (TMK m. 166/II). Bu durumda, davacının davalıdan daha fazla kusurlu olduğu itiraz yoluyla ispat edilirse, davanın reddedilmesi gerekir. Bu sonuç, bir kimsenin kendi kusuruna dayanarak hak kazanamaması ilkesinden doğan bir sonuçtur (Akıntürk/Ateş Karaman; s. 267)... Bu düzenlemeyle davalıya bu yolla bir itiraz hakkı tanınmış olmakla birlikte, bu hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımı da aynı hükümde belirtilmiştir...Gerçekten, TMK. m. 166/II son cümleye göre; itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir”.

⁶²³ Tekben, s. 1098; Yılmaz, s. 151.

⁶²⁴ Tekben, s. 1098; Yılmaz, s. 156; Y.HG.,E. 2001/395, K. 2001/480, T. 06.06.2001; “Medeni Kanunun 134. maddesine göre boşanmayı isteyebilmek için tamamen kusursuz ya da az kusurlu olmaya gerek olmayıp daha fazla kusurlu bulunan tarafın dâhi dava hakkı bulunmakla beraber, boşanmaya karar verilebilmesi için davalının az da olsa kusurunun varlığı ve bunun belirlenmesi kaçınılmazdır. Az kusurlu eş boşanmaya karşı çıkarsa bu halin tesbiti dâhi tek başına boşanma kararı verilebilmesi için yeterli olamaz. Az kusurlu eşin karşı çıkması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmalı, eş ve çocuklar için korunmaya değer bir yararın kalmadığı anlaşılmalıdır”.

⁶²⁵ Tekben, s. 1107; Yılmaz, s. 156.

Davacının ortak yaşamın sürdürülmesi beklenmeyecek derecede evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olayda davalıdan daha kusurlu olması hâlinde TMK'nın 166/2. fıkrasında davalı eşe bir itiraz hakkı tanınmıştır⁶²⁶. “...davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır...” (md. 166/2). Buna göre kusursuz ya da daha az kusurlu olan davalı eş açılan boşanma davasında evlilik birliğinin temelden sarsılmasına sebep olan olayda davacının daha kusurlu olduğunu ileri sürerek davanın reddedilmesi talebiyle itirazında bulunabilir⁶²⁷.

Davalının itirazda bulunabilmesi için kendisinin kusurlu olmaması değil; davacının kendisinden daha fazla kusurlu olması koşulu aranmıştır. Yani davalı kusurlu olsa dahi en azından davacının daha kusurlu olması hâlinde davalının itiraz hakkı vardır. Dolayısıyla davalı ve davacı eşin aynı derecede kusurlu olması ya da davacının davalıdan daha az kusurlu olması hâlinde bu itiraz ileri sürülemeyecektir⁶²⁸.

Kanun maddesinde ifade edilen itiraz teknik anlamda itiraz değil bir defa olarak anlaşılmalıdır. Yani davalı eş bu itiraz hakkını ileri sürmez ise hâkim re'sen davacının daha kusurlu olduğu hususunu dikkate almayacaktır. Kısaca davacının daha kusurlu olduğu hususunda itiraz hakkının kullanılıp kullanılmaması tamamen davalı eşin inisiyatifine bırakılmıştır⁶²⁹.

İtirazda bulunan eş itirazı evlilik birliğinin devamında aile bireyleri için fayda gördüğünden yapmalı ve evlilik birliğini devam ettirme hususunda samimi olmalıdır⁶³⁰. Bu nitelikte olmayan itirazları engelleyebilmek için TMK md. 166/2 fıkrasındaki düzenlemeye yer verilmiştir. TMK'nın bu düzenlemesine göre itiraz edilerek davanın reddedilmesinin sağlanması sadece davacının daha kusurlu olmasına bağlı olmayıp; aynı zamanda evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalıp kalmadığı

⁶²⁶ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 12; Ünlütepe, s. 179; YHGK, E., 2014/594, K., 2015/2795, T., 04.12.2015 “Evlilik birliğinin ortak hayatı sürdürmeleri eşlerden beklenemeyecek derecede temelinden sarsılmış olması durumunda, davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı bulunmaktadır (TMK m. 166/II). Bu durumda, davacının davalıdan daha fazla kusurlu olduğu itiraz yoluyla ispat edilirse, davanın reddedilmesi gerekir. Bu sonuç, bir kimsenin kendi kusuruna dayanarak hak kazanamaması ilkesinden doğan bir sonuçtur”.

⁶²⁷ Gençcan (2020), s. 513; Kayıhan/ Ünlütepe, s. 307; Y.HG.,E. 2001/395, K. 2001/480, T. 06.06.2001.

⁶²⁸ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.121

⁶²⁹ Çakın, s. 99; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.121; Tekben, s. 1119

⁶³⁰ Gençcan (2020), s. 513; İpek, s.25

da inceleme konusu yapılacaktır⁶³¹. Evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamasına rağmen itiraz edilmesi de hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilecektir⁶³². Özellikle dava sürecini uzatmak suretiyle davacı eşten maddi çıkarlar elde etme gayesi içerisinde olan eşin veya hiçbir haklı sebebi olmaksızın boşanmak istemeyen eşin açılan boşanma davasında itiraz hakkını kullanması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde görülmektedir⁶³³. Davalı eşin davacı eş ile ortak yaşamayı reddediyor olmasına ya da evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınıyor olmasına rağmen eşin dava sırasında itirazda bulunması hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmektedir⁶³⁴.

Davalı eşin davacının daha kusurlu olduğu itirazını hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendiren hâkim davacı gerçekten daha kusurlu olsa dahi boşanmaya hükmedebilir⁶³⁵. Kanunda yer alan bu hükümden davalıya her ne kadar itiraz hakkı tanınmış olsa da evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalıp kalmamasının kusurdan daha üstün tutulduğu görülmektedir.

Her ne kadar boşanma sistemimiz, kusur ilkesi ön planda tutularak düzenlenmiş ise de; TMK'da yer alan evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına ilişkin hükümler ile evlilikten

⁶³¹ Çakın, s. 103; Kayıhan/ Ünlütepe, s. 390; Y2HD.,E. 1997/5269, K. 1997/6499, T. 05.06.1997; “Toplanan delillerle davacının, on yıl gibi uzun süreden beri sadakatsizlik içinde bulunduğu, bu konuda yaygın dedikodunun varlığı ve davalının da maddi olguyu bildiği, bu nedenle davacıya hakaret ettiği anlaşılmıştır. 3444 sayılı Yasa ile değişik Medeni Kanunun 134/2. maddesi gereği, kusuru daha ağır olan davacıya karşı davalının itiraz etme hakkı bulunmakta ise de, davalının bu hakkını kötüye kullanması sonucu evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar yönünden korunmaya değer yarar kalmamış ise, evlilik birliğinin temelden sarsılmış olduğunun kabulüyle boşanmaya karar verilmesi gerekir. Davacının sadakatsizliğini bile bile davalı evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar yönünden korunmaya değer yarar kalmamış ise, evlilik birliğinin temelden sarsılmış olduğunun kabulüyle boşanmaya karar verilmesi gerekir. Davacının sadakatsizliğini bile bile davalı evlilik birliğinin devamının istemekle kusurlu duruma girmiştir. Kadının sadakatsizliği alışkanlık haline getirmesine karşılık davalı kocanın bunu hoşgörü ile karşılaması Türk aile anlayışı ve manevi değerleriyle bağdaşmaz. Davalı, gerek kendini ve gerekse çocuklar yönünden korunmaya değer bir yarardan söz etmemiş re’sen de böyle bir hak tespit edilmemiştir. Kamu düzenini de bozan böyle bir beraberliği yasanın koruyacağı da düşünülemez”.

⁶³² Anıl, s. 47; Gençcan (2020), s. 513; Kayıhan/ Ünlütepe, s. 391; Tekben, s. 1109; Yılmaz, s. 156; YHGK, E., 2014/594, K., 2015/2795, T., 04.12.2015 “Boşanma davası açabilmek için, geçimsizlikten dolayı evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olmasının mutlaka eşlerden birinin kusurundan ileri gelmiş olması gerekmediği gibi, davacı eşin de bunda kusurunun bulunmaması şart değildir. Eşlerden her ikisi de kusurlu olsa veya her ikisinin de kusuru bulunmasa bile, yine de boşanma davası açılabilir. Çünkü evlilik birliğinin sarsılması, kusura dayanan bir boşanma sebebi değildir”.

⁶³³ Velidedeoğlu, s. 220 “Kökünden bozulmuş ve sarsılmış olduğu sabit olan bir evlilik birliğinin devamında sosyal bir menfaat bulunmayacağından sırf eşlerden biri boşanmaya itiraz ettiği için böyle bir evliliği devam zorlama bir tarafın intikam hislerine adalet organlarının vasıta olması demektir. Hâkime düşen iş... bir tarafın intikam duygularını tatmine alet olmamaktır”.

⁶³⁴ Anıl, s. 48; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 121

⁶³⁵ YHGK, E. 2014/594, K.2015/2795, T. 04.12.2015 “TMK. m. 166/II son cümleye göre; itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir”.

beklenen amaca uygun olarak evliliğin devamında eş ve çocuklar bakımından yarar kalıp kalmadığı esas alınmıştır. Böylece eş ve çocuklar bakımından evliliğin devamında korunmaya değer bir yarar kalmamışsa kimin ne kadar kusurlu olduğuna bakılmaksızın boşanma davası açabilmesi mümkün hâle getirilmiştir.

Buraya kadar yaptığımız açıklamalar ışığında evlilik birliğinin sarsılması ve özel boşanma sebepleri arasındaki ilişkiye de değinmek gerekirse. Genel boşanma sebebi olan evlilik birliğinin sarsılmasının özel boşanma sebeplerinden farkı sadece belirli bir vakıanın gerçekleşmesine değil, sayısız ve belirsiz herhangi bir vakıanın evlilik birliğinin sarsılmasına sebep olabilmesidir. Bu sayısız ve belirsiz vakıalar içinde özel boşanma sebeplerinde belirlenmiş vakıalarında olduğuna şüphe yoktur. Kanun koyucu özel boşanma sebeplerinden zina, hayata kast pek kötü veya onur kırıcı davranış ve terk hâlinde belirtilen vakıaların evlilik üzerinde yıkıcı bir etkiye neden olduğunu ve evlilik birliğinin sarsıldığını karine olarak kabul etmekte, ayrıca evlilik birliğini sarsıp sarmadığının araştırılmasına gerek bile görmemektedir.

Özel boşanma sebeplerinden olan suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme gerekçesiyle boşanma davası açılması hâlinde, eşlerden birinin küçük düşürücü suç işlemesi veya haysiyetsiz hayat sürmesinin, ancak diğer eş için onunla birlikte yaşaması beklenemediği takdirde boşanmaya karar verilmektedir.

Aynı şekilde akıl hastalığına dayalı olarak boşanma davası açılması hâlinde de eşlerden birinin akıl hastası olması tek başına boşanma davası açmaya yeterli görülmemiş akıl hastalığının diğer eş için ortak hayatı çekilmez kılması koşulu da aranmıştır.

Özel boşanma sebeplerinde belirtilmiş vakıalarında evlilik birliğinin sarsılmasına sebep olduğu, ayrıca TMK. 161, 162, 164. hükümlerinde evlilik birliğinin sarsıldığı kanun koyucu tarafından karine olarak kabul edilmesi, 163 ve 165 maddelerde hâkime ayrıca birlikte yaşamanın mümkün olup olmadığını araştırma yetki ve görevi verilmesi bütün boşanma sebeplerinin temelinde evlilik birliğinin sarsılması olduğunu göstermektedir. Bu hükümlerden de anlaşıldığı üzere boşanma sebeplerinden birinin gerçekleşmiş olması esas itibarıyla tek başına evliliği boşanmaya götürmemektedir. Özel boşanma sebeplerinden hangisi gerçekleşmiş olursa olsun; gerçekleşmiş bu vaka ancak evlilik birliğini temelinden sarsmış ise boşanmaya sebep olmaktadır.

Gerçekten de özel boşanma sebeplerinin koşulları gerçekleşse dahi; boşanma davası açma hakkı olan eş bakımından yaşanan vakıa evlilik birliğinde yıkıcı bir etkiye sebep olmamışsa, evlilik birliğini sarsmamışsa dava açılmadığı görülebilmektedir. Aldatılan, hayatına kast edilen kötü muamele veya onur kırıcı davranışa maruz kalan, eşi suç işleyen ve haysiyetsiz hayat süren ya da terk edilen eşin, bunca olanlara rağmen boşanma davası açmadığı haller görülmektedir. İnsanın sosyolojik ve psikolojik yanı olduğu düşünüldüğünde; kusura dayalı boşanma sebeplerinde belirtilen vakaların her evlilik birliğinde kendi sosyolojik ve kültürel yapıları, dünya görüşleri ve hayat tarzlarına göre değerlendirme yapılmasını zorunlu kılar. Bu durum özellikle belirli bir standardı olmayan pek kötü veya onur kırıcı davranış ile haysiyetsiz hayat sürme hâlinde kendini gösterir. Benzer bir durum yıllar boyu devam etmiş evlilikte eşlerden birinde bunama vs. gibi akıl hastalığının meydana gelmesi hâlinde diğer eşin, evlilik birliğine karşı bakışında ve yükümlülüklerini yerine getirmekte hiç duraksamadığı birçok evlilik birliği görülmektedir. Bütün bunlar göstermektedir ki sözü edilen vakıaların evlilik birliğinin devam edip etmemesi açısından önemli olan vakıaların gerçekleşmesinden ziyade; evlilik birliğinde yarattığı yıkıcı etkidir. Özel boşanma sebeplerinin gerçekleşmiş olmasına rağmen evlilik hâlen devam ediyorsa bu durum bahsedilen o evlilik için gerçekleşen sebebin çok da önemli olmadığını gösterir. Yani bu evlilik birliği olanlardan etkilenmemiş, temelinden sarsılmamıştır. Dolayısıyla özel boşanma sebeplerinde belirtilen vakıa her ne olursa olsun evlilik birliğinin temelinden sarsılması hâlinde bir anlam ifade ettiği kanaatindeyim.

Özel boşanma sebepleri hususunda dikkat çeken bir hususta, özel boşanma sebeplerinin evlilik birliğinin sarsılması sebebine nazaran giderek pratik önemini kaybetmekte olduğudur. Açılan boşanma davalarına bakıldığında pratikte özel boşanma sebeplerine dayalı olarak dava açılmasından ziyade evlilik birliğinin sarsılması ilkesine dayalı boşanma sebepleri ile davaların açıldığı görülmektedir. Boşanma davalarının gerekçesi incelendiğinde çok büyük bölümünün evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayandırıldığı görülmektedir. Bu oran TÜİK verilerine göre yıllara göre küçük değişiklikler göstermekle birlikte %95' in üzerinde seyretmektedir. Boşanma davalarının temelinde zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme ve terk gibi özel nedenler olsa dahi uygulamada evlilik birliğinin sarsılması nedenine dayalı ya da terditli olarak davalar açılmaktadır.

Özel boşanma sebepleriyle dava açılabilmesi Kanunda belirtilen vakıanın bütün unsurlarıyla gerçekleşmesine bağlıdır. Buda özel boşanma sebeplerinde belirtilen vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediğinin ispatı hususunda birçok zorluklar yaşanmasına sebep

olmaktadır. Dolayısıyla özel boşanma sebepleri hukuki çözüm arayışı karşısında önemli bir sorun meydana getirmektedir. Oysaki özel boşanma sebeplerinde belirtilen vakıalar bütün unsurları ile gerçekleşmese, ya da gerçekleşmiş olsa bile ispatlanamasa dahi evlilik birliğinin sarsılması sebebi için yeterli olabilmektedir. Buda evlilik birliğinin sarsılması sebebi ile açılan davalarda ispat külfetini azalttığı gibi hâkimin geniş takdir yetkisini kullanarak her bir vakıada hakkaniyete daha uygun karar verebilmesine de olanak sağlamaktadır.

Kanunda belirtilen özel boşanma nedenleri ile dava açılması hâlinde bu özel nedenin ispatının yaratacağı zorluklar bir yana, boşanma talebinde bulunan eşin davasını dayandırdığı Kanun hükmünde belirtilen vakıaların birçok kişi tarafından öğrenilmiş olması, eşin kendisinin, çocuklarının ve diğer aile üyelerinin sosyolojik ve psikolojik problemler yaşamasına da sebep olabilmektedir. Özellikle zina halinde davayı açan eşin ve varsa çocuklarının hatta diğer aile bireylerinin de davalı eşin zina etmiş olmasından psikolojik ve sosyolojik olarak etkilenmesi en doğal sonuçtur. Boşanma ile bütün sorunların çözülmediği aile bireylerinin aynı sosyal çevre içinde yaşamaya devam ettiği dikkate alındığında, dava sebebi olan kusurlu davranışın -zina ya da haysiyetsiz hayat sürme gibi- ispatı ile sosyolojik ve psikolojik problemlere maruz kalma arasında seçim yapma zorunda bırakmayan bir çözüm yolu bulunabilmelidir. Ne devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmayan evlilik birliğinin devam ettirilmesi ile ne de aile içinde kalması daha uygun olacak sır mahiyetinde ki olayların ortaya dökülerek boşanmanın sağlanması ile yaşanan süreç bütün aile üyeleri için ceza haline dönüşmemelidir. Evlilik birliğinin sarsılması sebebi ile boşanma davalarının görülmesi hâlinde, özel boşanma sebeplerine nazaran bunun daha mümkün olduğu kanaatindeyim. Kaldı ki zaten TMK'da kusura dayalı boşanma sebepleriyle birlikte genel boşanma sebebine dayalı olarak dava açılması da mümkün olduğuna göre pratikte daha çok uygulanan aile birliğinin sarsılması nedeniyle dava açılması Kanunun uygulanmasında hiçbir işlev eksikliği de yaratmayacaktır.

Hukuk kuralları toplumun sosyolojik ve kültürel yapısına uygun olmalıdır. Boşanmaya ilişkin tarihî süreç incelendiğinde boşanmayı düzenleyen kuralların statik olmadığı, toplumun sosyolojik ve kültürel gelişmesine paralel olarak boşanmayı düzenleyen kurallarında değiştiği gözlemlenebilir. Boşanmayı tamamen eşlerin iradesine bırakan veya tamamen yasaklayan, ya da sadece erkeğin boşanmaya yetkili kılındığı boşanma sistemleri görülmüş; son olarak kanunda öngörülen bazı olguların gerçekleşmesi hâlinde mahkeme kararıyla boşanmanın gerçekleştirildiği bir hukuk düzenine gelinmiştir. Bu da bize göstermektedir ki bütün hukuk kurallarında olduğu gibi boşanmaya ilişkin kurallarda toplumun kendi sosyolojik ve kültürel

yapısı içerisinde değerlendirilmeli yine bu istikamette gelişmesine katkı sağlanmalıdır. Örneğin önceleri çok sayıda anlaşmalı boşanma karşılığı olan görüş olmasına rağmen; 4/5/1988 tarih ve 3444 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile anlaşmalı boşanma, boşanma sistemimize girmiş; toplum tarafından önemli ölçüde kabullenilmiş ve doktrinde de çok geniş bir çevre tarafından savunulur hâle gelmiştir.

Günümüz koşullarında da özellikle kadınların toplum içerisinde edinmiş oldukları sosyal ve ekonomik konum dikkate alındığında; bir başka insanla kişisel ilişki kurulması ve bunun sürdürülmesi hususunda iradesinin geçmişe nazaran daha çok dikkate alınması gerektiği yadsınamaz bir gerçektir. Bunun doğal sonucu olarak eşler evlenme hususunda nasıl serbest irade ile hareket ediyor iseler boşanmayı özendirmeden, evliliğin sonlanması hususunda da kusura bağlanan herhangi bir olgunun gerçekleşmesine bakılmaksızın evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalıp kalmadığı ve evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığı dikkate alınarak boşanmanın sağlanabilmesinin günümüz toplumunun sosyolojik ve kültürel yapısına daha uygun olduğu kanaatindeyim.

2.4.2.2. Anlaşmalı Boşanma

2.4.2.2.1. Genel Olarak

Anlaşmalı boşanma kısmen irade ilkesinin kısmen de evlilik birliğinin sarsılması ilkesinin geçerli olduğu, genel ve mutlak bir boşanma sebebidir⁶³⁶. Anlaşmalı boşanma mahkemede dava konusu yapılmadan eşlerin kendi arasında vardığı bir anlaşma ile boşanmanın gerçekleşmesi anlamında gelmez. Her ne kadar eşlerin iradesine dayansa da ancak Kanun'un aradığı koşulların gerçekleşmesi ve hâkim kararı ile evlilik birliği sona erdirilir⁶³⁷.

Anlaşmalı boşanma ilk olarak 3444 sayılı Kanun ile 743 sayılı Kanunda yapılan değişiklik ile eMK'da yer almıştır. Anlaşmalı boşanmaya dair 1988 yılında 743 sayılı Kanunda değişiklik yapıldığı kadar karşılıklı olarak boşanma niyetinde olan eşler kendi aralarında anlaşarak ve bir boşanma sebebi uydurmak suretiyle boşanmaktaydılar⁶³⁸. 4/5/1988 tarih ve

⁶³⁶ Gençcan (2020), s. 824.

⁶³⁷ Hatemi/ Serozan, s. 237.

⁶³⁸ Sargın, Elif, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanmanın Şartları Üzerine Bir İnceleme, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 28, Sayı 1, 2020, 349 – 387, s. 351.

3444 sayılı Kanun ile 743 sayılı Kanunda yapılan değişiklik ile eşlere anlaşmaya dayalı boşanma imkânı verilmiştir⁶³⁹. Aynı hüküm 4721 sayılı TMK’da da anlaşmalı boşanma olarak da adlandırılan boşanma sebebi olarak yerini muhafaza etmektedir⁶⁴⁰.

Eşlerin anlaşmalı boşanma yoluna başvurabilmesi için evlilik eşlerin birbirlerini tanıyabilecekleri kadar bir süre devam etmelidir. Bu süre Kanunda bir yıl olarak öngörülmüştür. Anlaşmalı boşanma yoluna eşler birlikte başvurabileceği gibi birinin açtığı davayı diğer eşin kabul etmesi ile de gerçekleştirebilirler. Bu iki hâlden birinin gerçekleşmesi hâlinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Anlaşmalı boşanma için, eşlerin boşanma konusunda anlaşmış olmaları gerekli ise de tek başına yeterli değildir. Bunun yanında boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda da anlaşmaları ve hâkimin taraflarca kabul edilen düzenlemeyi uygun bulması da şarttır. Ayrıca hâkim tarafları bizzat dinlemeli ve eşlerin boşanma ve boşanmanın sonuçları konusunda iradelerini serbestçe açıkladıkları hususunda kanaate varmalıdır. Ayrıca hâkime, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapma yetkisi de verilmiştir. Taraflarca yapılan anlaşmanın hâkim tarafından uygun bulunması ya da hâkimin yaptığı değişikliklerin taraflarca kabul edilmesi hâlinde boşanmaya hükmolunur⁶⁴¹.

Boşanma davalarının yargılamasında “*Hâkim, boşanma veya ayrılık davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmediğe, bunları ispatlanmış sayamaz*”(184/1). “*Tarafların bu konudaki her türlü ikrarları hâkimi bağlamaz*”(184/3) hükümlerine yer verilmiştir. Fakat boşanma davası anlaşmalı boşanma sebebiyle açılmışsa tarafların dayandığı olguları kendi ikrarları ile ispatlama imkânı verilmiştir “*bu hâlde tarafların ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz*”(184/3). Buna göre hâkim davaya ilişkin kanıtları serbestçe takdir edecek, vicdanen kanaat getirecek fakat tarafların ikrarları ile de bağlı olacaktır⁶⁴². Anlaşmalı boşanma kusura dayalı olmayan dolayısıyla hâkimin kusur incelemesi yapmayacağı⁶⁴³, aynı zamanda evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı karine olarak

⁶³⁹ **Burcuoğlu**, s. 2; **Ceylan (2018)**, s. 315-334; **Uçar Toksöz, Derya**, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Halinin Bir Görünüm Biçimi Olan Anlaşmalı Boşanma İmkânının Türk Hukuku Çerçevesinde Değerlendirilmesi, İzmir Democracy University Social Sciences Journal, Cilt: 1, Sayı: 2, Yıl: 2018, s. 47; **Gençcan (2020)**, s. 823.

⁶⁴⁰ **Hatemi/ Serozan**, s. 238; **Demirbaş (2020)**, s. 561.

⁶⁴¹ **Koyuncu Aktaş, Nihan**, Anlaşma Temeline Dayalı Boşanma Davalarında Hâkimin Yoksulluk Nafakasına Müdahalesi, İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt: 79, Sayı: 3, Yıl: 2021, s. 764; **Koyuncu Aktaş**, s. 764.

Uçar Toksöz, s. 46.

⁶⁴² **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, s. 122.

⁶⁴³ **Gençcan (2020)**, s. 875; **Seçer, Öz**, Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 2, Yıl: 2016, s. 260.

kabul edilen ve dolayısıyla hâkimin evlilik birliğinin sarsılıp sarsılmadığı hususunda da araştırma yapma yetkisinin olmadığı bir boşanma sebebidir⁶⁴⁴.

2.4.2.2.2. Anlaşmalı Boşanmanın Şartları

Anlaşmalı boşanma için aranan ilk şart evliliğin en az bir yıl sürmüş olmasıdır⁶⁴⁵. Bunun yanında boşanmak için eşler ya mahkemeye birlikte başvurmalı ya da eşlerden birinin açtığı davayı diğer eş kabul etmelidir⁶⁴⁶. Ayrıca hâkim, tarafları bizzat dinleyerek eşlerin boşanma konusunda iradelerini serbestçe açıkladıkları hususunda kanaate varmalıdır⁶⁴⁷. Bunlara ilâveten taraflar boşanmanın malî sonuçları ve çocukların durumu hususunda anlaşmalı⁶⁴⁸ ve yapmış oldukları anlaşmayı hâkim uygun bulmalıdır⁶⁴⁹. Bu koşulların sağlanması hâlinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılacağı hususunda bir karine kabul edilmiştir⁶⁵⁰. Anlaşmalı boşanma sebebiyle dava açılmış olması hâlinde hâkim ayrılığa hükmedemez⁶⁵¹.

2.4.2.2.2.1. Evlilik En Az Bir Yıl Sürmüş Olmalı

Anlaşmalı boşanma için aranan ilk koşul evliliğin bir yıl sürmüş olmasıdır⁶⁵². Kanun hükmünde evlilik birliğinin bir yıl sürmüş olması ifadesi ile resmî evlenmeden sonra eşlerin bir yıl evli kalması kastedilmektedir⁶⁵³. Kanun hükmü gereği süre bakımından sadece evliliğin bir yıl sürmesi koşulu arandığından eşlerin bu süre içinde fiilî olarak birlikte yaşayıp yaşamadıkları hususunda bir inceleme yapılmayacaktır. Bir yıllık süre davanın açılabilme koşullarından olduğu için hâkim re'sen bu süreyi dikkate alacaktır⁶⁵⁴.

⁶⁴⁴ Demirbaş (2020), s. 562; Gençcan (2020), s. 875; Seçer, s. 260; Uçar Toksöz, s. 46.

⁶⁴⁵ Camcı, s. 55; Dural/ Ögüz/ Gümüş s. 292; Uçar Toksöz, s. 45.

⁶⁴⁶ Hatemi/ Serozan, s. 238; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 292.

⁶⁴⁷ Ercan, s. 265; Koyuncu Aktaş, s. 765; Uçar Toksöz, s. 45.

⁶⁴⁸ Camcı, s. 55; Koyuncu Aktaş, s. 765; Y2HD.,E. 2014/6351, K. 2014/16896, T. 10.09.2014; “Anlaşmalı boşanma davasında, tarafların protokol kapsamında velayet konusundaki düzenlemeleri mahkemeye uygun bulunmamış, davacı oturumda çocukların çocuk esirgeme kurumuna verilmesini talep etmiş ,davalı ise velayetler konusunda anlaşamadıklarını belirterek takdiri mahkemeye bıraktığını belirtmiş, mahkemeye de müşterek çocukların velayet haklarının her iki taraftan da kaldırılmasına karar verilmiştir. Boşanmanın eki niteliğindeki istekler konusunda anlaşma sağlanmadan anlaşmalı boşanma kararı verilemez”.

⁶⁴⁹ Camcı, s. 57; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 123; Koyuncu Aktaş, s. 765; Uçar Toksöz, s. 45

⁶⁵⁰ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.122.

⁶⁵¹ Hatemi/ Serozan, s. 214; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 292.

⁶⁵² Demirbaş (2020), s. 562; Gençcan (2020), s. 828; Sargın, s. 359; Seçer, s. 260.

⁶⁵³ Tekin, s. 77; Kayıhan/ Ünlütepe, s. 406.

⁶⁵⁴ Gençcan (2020), s. 830; Sargın, s. 361; Tekin, s. 77.

Bir yıllık sürenin dolmadan boşanma davasının açılabilmesi hususunda ise farklı görüşler yer almaktadır. Bunlardan ilki, duruşma ekonomisi bakışıyla yaklaşmakta ve bir yıl henüz dolmamakla birlikte az bir süre kalmışsa sürenin dolması beklenmeli ve süre dolduktan sonra davaya devam edilmelidir. Diğer bir görüşe göre bir yıllık süre dava şartıdır ve hâkim esasa girmeden re'sen çözmelidir. Bir başka görüşe göre de bir yıllık süre dolmamışsa başka araştırma yapmasına gerek olmaksızın dava reddedilmelidir⁶⁵⁵. Yargıtay'ın uygulaması da bir yıl dolmamışsa taraflara “*evliliğin sarsılması sebebiyle*” davaya devam edip etmeyeceklerinin sorulması, etmeyeceklerse davanın reddi yönündedir⁶⁵⁶.

Bir yıllık sürenin başlangıcı eşlerin birlikte yaşamaya başladığı tarihe göre değil; resmî evlilik tarihlerine göre başlamaktadır⁶⁵⁷. Henüz bir arada yaşamayan ortak hayatı paylaşmayan fakat resmî olarak evli görünen eşlerin birbirlerini tanımadan boşanma talebi ile mahkemeye başvurmaları ya da birinin açtığı davayı diğerinin kabul etmesi hâlinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılmasının isabetli bir hüküm olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁶⁵⁸.

2.4.2.2.2. Eşler Boşanmak İçin Mahkemeye Ya Birlikte Başvurmalı Ya da Bir Eşin Açtığı Davayı Diğeri Kabul Etmeli

Anlaşmalı boşanma için tarafların boşanma talebiyle mahkemeye birlikte başvurusu koşulu getirilmiştir⁶⁵⁹. Bunun yanında eşlerden sadece birinin boşanma davası açması diğerinin de boşanmayı kabul etmesi de yine anlaşma koşulunu sağlamaktadır⁶⁶⁰. Buna göre eşlerden birinin sadece TMK 166/3 kapsamında açacağı boşanma davası değil; diğer özel boşanma

⁶⁵⁵ Sargın, s. 361.

⁶⁵⁶ Y2HD.,E. 2014/11460, K. 2014/22616, T. 13.11.2014; “Kanun maddesinde öngörülen evliliğin en az bir yıl sürmüş olması koşulu, dava şartı (HMK md. 114) olmayıp, yasada gösterilen eşlerin birlikte başvurusu, ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi durumuyla birlikte, birliğin temelinden sarsılmış sayılacağına ilişkin yasal karinenin temel unsurudur. Bu nedenle bir yıllık sürenin davanın açıldığı tarihte mevcut olması gereklidir. Dava açıldıktan sonra bir yıllık sürenin gerçekleşmesi, açıklanan yasal karinenin oluşması için yeterli değildir. Tarafların evlenme tarihi 03.03.2013 olup, dava ise 13.02.2014 tarihinde bir yıllık süre dolmadan açılmıştır. Bu durumda; anlaşmalı boşanmaya karar verilemeyeceğinden, davacıya Türk Medeni Kanununun 166. maddesinin 1. ve 2. fıkralarındaki çekişmeli olan şekliyle davaya devam edip etmeyeceğinin sorulması, devam etmek istediğini bildirmesi hâlinde davaya çekişmeli boşanma davalarına yönelik usul hükümlerine göre devam edilerek, gösterdikleri takdirde delillerinin toplanması ve gerçekleştirilecek sonucuna göre boşanma talebi hakkında bir karar verilmesi gerekir”.

⁶⁵⁷ Seçer, s. 260; Tekin, s. 77.

⁶⁵⁸ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 123; Hatemi/ Serozan, s. 238.

⁶⁵⁹ Demirbaş (2020), s. 563; Gençcan (2020), s. 832; Sargın, s. 364; Seçer, s. 261.

⁶⁶⁰ Gençcan (2020), s. 513; Zevkliler/ Havuçcu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 292.

sebeplerine dayalı olarak açılan boşanma davalarında da bir eşin diğerinin açtığı boşanma davasını kabul etmesi hâlinde de boşanma gerçekleşmektedir⁶⁶¹.

Davanın kabul edilmesinden anlaşılması gereken diğer boşanma sebeplerinden biriyle açılmış davada iddia edilen, örneğin suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, zina veya terk gibi olguların gerçekleştiğinin kabulü değildir⁶⁶². Bu hususların gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda tarafların ikrarı hâkimi bağlamayacak⁶⁶³; hâkim TMK 184. madde kapsamında delilleri bizzatı inceleyecek ve vicdanen karar verecektir⁶⁶⁴. Davanın kabulü ile kastedilen Kanunda düzenlenen hangi boşanma sebebine dayanılarak dava açılmış olursa olsun boşanma davasında davalı eşin de boşanma iradesini açıklamış olmasıdır⁶⁶⁵. Bu durumda eşler olguların gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda değil sadece boşanma kararı üzerinde anlaşmış olurlar⁶⁶⁶.

2.4.2.2.2.3. Tarafları Hâkim Bizzat Dinlemeli

Hâkim eşlerin, kendileri dışında oluşan etkiler dolayısıyla boşanma hususunda irade açıklamasında bulunmuş olma olasılıklarını göz önünde bulundurularak eşlerin serbest iradelerini tespit etme gayesi ile eşleri bizzat dinlemekle yetkili ve görevli kılınmıştır⁶⁶⁷. Hâkimin tarafları bizzat dinlemesi ile boşanma hususunda eşlerin vermiş oldukları kararlarını yeniden gözden geçirmeleri hususunda son defa imkân sağlanmış olmaktadır. Eşlerin bizzat dinlenmesinden kasıt vekil ve sair aracı kullanılarak dinlenmesi değil; eşlerin bizzatı kendi iradelerini açıklamaları şeklinde gerçekleşecektir⁶⁶⁸. Eşlerden birinin kısıtlanmış olması hâlinde

⁶⁶¹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.123; Hatemi/ Serozan, s. 238; Ünlütepe, s. 103; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 292; Tekin, s. 85.

⁶⁶² Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 123.

⁶⁶³ Ünlütepe, s. 107; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 292.

⁶⁶⁴ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 123.

⁶⁶⁵ Ünlütepe, s. 105.

⁶⁶⁶ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.123; Hatemi/ Serozan, s. 238.

⁶⁶⁷ Ercan, s. 265; Gençcan (2020), s. 838; Demirbaş (2020), s. 563; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.123; Kayıhan/ Ünlütepe, s. 311; Tekin s. 91; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 292; Koyuncu Aktaş, s. 767; Seğer, s. 261; Sargın, s. 366; Tekin, s. 91; Y2HD.,E. 2009/17648, K. 2010/19842, T. 29.11.2010; “Türk Medeni Kanununun 166/3.maddesi uyarınca anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerini serbestçe açıkladıklarına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü hâlinde boşanmaya hükmolunur. Taraflar, 29.06.2009 tarihli protokolü duruşmada tekrar etmişler ve bu protokol uyarınca boşanmaya karar verilmesini talep etmişlerdir. Protokolün mahkemece de uygun görüldüğü ve tasdik edildiği verilen ara kararla zapta geçirilmiştir. Anlaşmalı boşanmaya karar verilirken, protokolün (anlaşma) tasdik hükmü yanında, protokol hükümlerinin de hüküm fıkrasına geçirilmesi gerekir”.

⁶⁶⁸ Gençcan (2020), s. 840; Seğer, s. 261; Tekin, s. 91.

vasinin boşanma yönünde irade açıklaması anlaşmalı boşanma da serbest iradenin açıklanmış olması koşulunu sağlamaz. Bu hâlde boşanma çekişmeli boşanmaya, evlilik birliğinin sarsılmasına göre görülmelidir⁶⁶⁹.

Hâkimin bizzat dinlemesinden yine anlaşılması gereken bir başka husus da eşlerin boşanma iradelerinin dava dosyasında yer alacak şekilde açıklamaları değil, yüz yüze hâkim ile davacı ve davalının iradelerinin tespit edilmesi şeklinde olmalıdır⁶⁷⁰. Hâkimin tarafları bizzat dinlemesi dava şartıdır. Dolayısıyla hâkimin tarafları bizzat dinlememesi hâlinde boşanma kararı verilemez⁶⁷¹. Hâkim tarafları bizzat dinlemesinin neticesinde iradelerinin serbestçe açıklandığı kanaatine varmaz ise boşanma davasını reddedecektir⁶⁷². Yargıtay, anlaşmalı boşanma ilamından sonra tarafların birlikte yaşamaya devam etmesini boşanma hususunda yapılan beyanların “*serbest ve samimi irade ürünü olmadığı*” gerekçesiyle, kanaatimce de isabetli bir şekilde hükmün bozulması sebebi olarak kabul etmiştir⁶⁷³.

Boşanma davasına başlanmasından sonra herhangi bir süre beklenmeksizin bazen bir iki hafta içinde boşanma hükmü verilmektedir. Kanaatimce her ne kadar anlaşmalı boşanma için eşlerin en az bir yıl evli kalmış olması koşulu var ise de; evlilik için çok tecrübeli olmayan tarafların bir kırgınlık ve ani karar ile evlilik birliğini sonlandırmak gibi son derece önemli sonuçları olan bir karar vermiş olmaları eşler ve çocuklar bakımından geri dönülmez ve telafisi imkânsız zararlar verebilir. Bu nedenle İsviçre Medeni Kanunu’nda (md. 111/A) düzenlenmiş olan tam anlaşmalı boşanmada olduğu gibi tarafların boşanma ve sonuçları hakkında anlaştıkları hususunda hâkim tarafından kanaate varılmasından itibaren tanınan iki aylık düşünme süresinin TMK’da da olması yararları olacaktır. Böylece taraflar hem boşanma hem de boşanmanın koşulları hususunda daha sağlıklı düşünme olanağı bulmuş olacaklardır. Bu sürenin sonunda taraflar hem boşanma hem de boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda hâlâ mutabık iseler boşanmalarına karar verilebilir. Zihinsel olarak eşlerin bitirdiği evlilik birliğinin -davaların uzun süre devam etmesi nedeniyle- hukuken yıllar boyunca

⁶⁶⁹ Gençcan (2020), s. 842.

⁶⁷⁰ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 123; Ünlütepe, s. 106; Tekin, s. 92.

⁶⁷¹ Sargın, s. 366; Y2HD.,E. 2014/2775, K. 2014/14031, T. 19.06.2014; “Davada, son oturumda davalı bizzat dinlenmiş olmakla birlikte, davacı bizzat dinlenmemiş, vekilinin beyanı yeterli kabul edilmiştir. Bu yönüyle anlaşmalı boşanmanın şartları gerçekleşmediği gibi, taraflar boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda da aralarında bir düzenleme de yapmamışlardır. Bu durumda davalının “boşanmayı kabul” açıklaması sonuç doğurmaz ve hâkimi bağlamaz (TMK.m.184/3). Bu bakımdan davada Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesine dayanılarak boşanma kararı verilmesini gerektiren şartlar mevcut değildir”.

⁶⁷² Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 124; Tekin, s. 93; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 292; Kayıhan/ Ünlütepe, s. 311; Ercan, s. 265.

⁶⁷³ Gençcan (2020), s. 848.

sürdürülmesi ne kadar sakıncalı ise, devamında aile bireyleri için fayda olan bir evliliğin kızgınlık veya ani bir karar ile kısa süre içinde bitirilmesinin de o kadar sakıncalı olduğu kanaatindeyim.

2.4.2.2.2.4. Evliliğin Malî Sonuçları Ve Çocukların Durumu Hakkında Tarafların Yapmış Olduğu Anlaşmayı Hâkim Uygun Bulunmalı

Anlaşmalı boşanma için, yasayla eşlerin boşanmanın malî sonuçları ve çocukların durumu hususunda yapmış oldukları bir anlaşmanın bulunması şartı getirilmiştir⁶⁷⁴. Yapılan anlaşma aile hukukuna özgü hâkim onayı ile hükümlerini doğuran özel hukuk sözleşmesidir⁶⁷⁵. Yapılan anlaşmada çocukların velâyeti, velâyet kendisine verilmeyen taraf ile çocuklar arasında kişisel ilişki kurulması, iştirak nafakası, yoksulluk nafakası, maddî ve manevî tazminata ilişkin düzenlemeler yer alacaktır⁶⁷⁶. Bunun yanında taraflar aile konutu hususunda da protokole hüküm koyabilirler⁶⁷⁷. Yapılan anlaşma yazılı olabileceği gibi sözlü anlaşmanın karara işlenmesi şeklinde de olabilir. Anlaşma kararda infaz edilebilir şekilde yer almalıdır⁶⁷⁸.

Anlaşmalı boşanma protokolü, hüküm doğurması hâkim onayına bağlanmış aile hukukuna özgü boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumunun düzenlendiği bir sözleşmedir⁶⁷⁹. Protokol mahkemece onaylanmazsa hukuki bir değer kazanmaz⁶⁸⁰. Bu yasal düzenlemeye göre eşler boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda anlaşmalı ve hâkim, taraflarca kabul edilen düzenlemeyi uygun bulmalıdır⁶⁸¹. Ayrıca hâkime tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapma yetkisi de verilmiştir⁶⁸². Taraflarca boşanmanın malî sonuçları ve çocukların durumu hususunda bir anlaşmaya varılamaması hâlinde hâkimin yapacağı bir düzenlemeyi tarafların

⁶⁷⁴ **Grassinger, Gülçin Elçin**, Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları Ve Konu İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı, İHFM Cilt: LV, Sayı: 3, Yıl: 1997, s. 237.

Seçer, s. 262.

⁶⁷⁵ **Nomer, Haluk Nami**, Anlaşmalı Boşanma Protokolünden Dönülebilir Mi? Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 2, Yıl: 2021, Sayılar: s. 585; **Seçer**, s. 265.

⁶⁷⁶ **Nomer (2021)**, s. 585.

⁶⁷⁷ **Koyuncu Aktaş**, s. 765

⁶⁷⁸ **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, s. 124; **Gençcan (2020)**, s. 870; **Seçer**, s. 261; **Yücel (2018a)**, s. 245.

⁶⁷⁹ **Demirbaş (2020)**, s. 556; **Nomer (2021)**, s. 583.

⁶⁸⁰ **Gençcan (2020)**, s. 872.

⁶⁸¹ **Demirbaş (2020)**, s. 564; **Gençcan (2020)**, s. 872; **Kayihan/ Ünlütepe**, s. 311.

⁶⁸² **Kayihan/ Ünlütepe**, s. 312.

kabul etmesi hâlinde de yine aynı sonucun gerçekleşeceği yani davanın boşanma ile sonuçlanacağı hüküm altına alınmıştır⁶⁸³.

Taraflarca yapılan protokol sadece tarafların serbestçe belirleyecekleri unsurları değil, serbestçe tasarrufta bulunamayacakları unsurları da içerir. Taraflar yoksulluk nafakası, maddî tazminat, manevî tazminat, aile konutu, mal rejimi gibi konuları sözleşme serbestisi çerçevesinde hâkimin müdahâlesi daha sınırlı olacak şekilde belirleyebilecekken, velâyet, velâyet kendisine verilmeyen eş ile çocuk arasında ki kişisel ilişki ve iştirak nafakasına ilişkin düzenlemelere hâkim daha fazla müdahâle edecektir. Diğer bir ifade ile çocuklarla ilgili konularda hâkim daha geniş müdahâle yetkisine sahiptir⁶⁸⁴. Tarafların serbestçe belirleyeceği hususlarda dahi TBK md. 27 hükmüne ya da sınırlama getiren diğer amir hükümlere uygun davranmak zorunda olduklarında şüphe yoktur⁶⁸⁵.

Yargıtay'a göre, taraflar yapmış oldukları anlaşmadan hükmün kesinleşmesine kadar dönebilirler. Tarafların mahkeme kararından sonra temyiz aşamasında önceki anlaşmadan dönüp yeniden protokol yapmaları hâlinde taraflar tekrar dinlenip karar verilmesi gerekir⁶⁸⁶. Anlaşmadan taraflardan birinin dönmesi hâlinde boşanma davası artık anlaşmalı boşanma değil, çekişmeli boşanma davası olarak görülecektir⁶⁸⁷. Yargıtay'ın bu yöndeki kararı doktrinde de eleştirilmiştir. Haluk Nami Nomer'e göre taraflar arasında yapılan protokol, taraflarca mahkemede boşanma iradelerini ve boşanmanın malî sonuçları ve çocukların durumu hakkında yapmış oldukları protokolü teyit ettikten sonra bağlayıcı hâle gelir ve artık serbestçe bu sözleşmeden dönemeyeceklerdir⁶⁸⁸. Hâkim bütünüyle uygun bulduğu protokolü kararda belirtir ve böylece artık protokol bir sözleşme olmaktan çıkıp kararın parçası olur⁶⁸⁹. Tarafların yapılan protokolden boşanma kararı kesinleşinceye kadar serbestçe dönebileceklerinin kabulü,

⁶⁸³ Dural/ Ögüz/ Gümü, s.124; Ünlütepe, s. 109; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 292

⁶⁸⁴ Koyuncu Aktaş, s. 792.

⁶⁸⁵ Seçer, s. 264.

⁶⁸⁶ Gençcan (2020), s. 873.

⁶⁸⁷ Y2HD.,E. 2014/26070, K. 2015/11438, T. 03.06.2015; "Taraflar Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi uyarınca boşanmışlar, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir. Anlaşmalı boşanma yönünde oluşan karar kesinleşinceye kadar eşlerin bu yöndeki diğer bir ifadeyle gerek boşanmanın mali sonuçları, gerekse çocukların durumu hususunda kabul edilen düzenlemeleri kapsayan irade beyanından dönmelerini engelleyici yasal bir hüküm bulunmamaktadır. Anlaşmanın bozulması ile anlaşmalı boşanma hükmü bütünüyle geçersiz hale gelir (HUMK m. 439/2). Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi gereğince boşanmalarına karar verilse dâhi davacının anlaşmalı boşanma hükmünü gerçekleştiren anlaşmaya rağmen temyiz etmesi davadan açıkça feragat etmedikçe anlaşmalı boşanma yönündeki iradesinden rücu niteliğinde olup, bu hâlde anlaşmalı boşanma davasının "çekişmeli boşanma" (TMK m. 166/1-2) olarak görülmesi gerekir".

⁶⁸⁸ Nomer (2021), s. 583.

⁶⁸⁹ Demirbaş (2020), s. 566; Nomer (2021), s. 585.

“sözleşme” kurumu ve “ahde vefa ilkesi” ne aykırıdır. Taraflar yapılan protokolün geçersiz hâle gelmesini istiyorlarsa, artık mahkeme kararının bir parçası olan protokol için ancak kanun yoluna başvurabilirler⁶⁹⁰.

2.4.2.3. Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması

2.4.2.3.1. Genel Olarak

Fiilî ayrılığa dayanan boşanma imkânı 1988 yılında çıkartılan 3444 Kanun ile getirilmiştir⁶⁹¹. TMK’nın 166/4. fıkrasında fiilî ayrılık nedeniyle boşanma hükmüne yer verilmiş ve bu hükümde anlaşmalı boşanma da olduğu gibi evlilik birliğinin sarsıldığına ilişkin bir başka karine daha kabul edilmiştir⁶⁹².

“Boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl geçmesi hâlinde, her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilir”(166/4). Bu hükme göre daha önce açılmış olan boşanma davasının reddedilmiş olmasına rağmen eşlerin yeniden ortak hayatı kuramamaları evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğuna karine olarak kabul edilmiştir⁶⁹³.

Kanun hükmünün yukarıda belirtilen koşullarının gerçekleşmesinden sonra, önceki boşanma davasında hangi eşin daha kusurlu olduğu, ortak hayatın kurulamaması nedeniyle boşanma davası açılması ve boşanma kararının verilmesi bakımından fark etmez. Fiilî ayrılık

⁶⁹⁰ Nomer (2021), s. 585.

⁶⁹¹ Hatemi/ Serozan, s. 238, “Kanaatimce bu kuralın getirilmesi yerinde olmuştur... insanlar beyhude evliliklerin tutsağı kılmanın anlamı kalmaz”.; Kayıhan/ Ünlütepe, s. 313.

⁶⁹² Dural/ Ögüz/ Gümüş s. 292.

⁶⁹³ Camcı, s. 58; İpek, s.136; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 292; YHGK.,E. 2006/488, K. 2006/480, T. 28.06.2006; “Somut olayda davacı TMK’nın 166/son maddesi uyarınca boşanmaya karar verilmesini talep etmiştir. Maddeye göre, boşanma davasının reddine karar verilmiş ve kesinleşmeden itibaren üç yıl geçmesine rağmen ortak hayat yeniden kurulamamışsa, evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin talebi üzerine boşanmaya karar verilir. Somut olayda da, tarafların bir araya gelmediklerinin aksi kanıtlanamamıştır. Bu durum karşısında anılan madde uyarınca boşanmaya karar verilmesi gerekir”; Y2HD.,E. 2015/22362, K. 2017/2797, T. 16.03.2017; “Davacı, daha önce açmış olduğu boşanma davasının kesinleşmesinden itibaren üç yıl içinde ortak hayatın yeniden kurulamaması sebebiyle boşanma talep etmiştir. Davacı tarafından 15/04/2005 tarihinde davalı aleyhine bir boşanma davası açıldığı, bu davanın reddedilerek 05/01/2007 tarihinde kesinleştiği anlaşılmaktadır. Davacı delil olarak bu dosyaya dayanmıştır. Boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış ve reddedilmiş bir davanın varlığı, ret kararının kesinleşmesinden başlayarak üç yıl geçmesi ve bu süre içinde her ne sebeple olursa olsun ortak hayatın yeniden kurulamaması "birliğin temelinden sarsılmış sayılmasına" yasal karine teşkil eder”.

nedeniyle boşanma mutlak ve kusura dayanmayan bir boşanma sebebidir. Boşanmaya hükmedilmesi için taraflardan birinin kusurlu olması aranmayacak olsa da boşanmanın malî sonuçları bakımından kusur etki oluşturur. Bu konuda geniş açıklama kusurun boşanmanın sonuçlarına etkisi bölümünde yapılmıştır⁶⁹⁴.

Ortak hayatın kurulamaması hâlinde evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle eşlerden herhangi biri boşanma davası açma hakkına sahiptir⁶⁹⁵. Daha önce açılan davanın davacısı veya davalısı olmanın da dava açma hakkı bakımından bir farklılığı söz konusu değildir⁶⁹⁶. Yani reddedilen boşanma davasının hem davacısı olan eş hem davalısı olan eş üç yıl içerisinde evlilik birliğinin tekrar kurulamamış olması sebebine dayanarak boşanma davası açma hakkına sahiptir⁶⁹⁷.

2.4.2.3.2. Ortak Hayatın Kurulamamasının Şartları

2.4.2.3.2.1. Eşlerden Birinin Boşanma Davası Açması ve Açılan Davanın Reddedilmesi

Ortak hayatın kurulamaması nedeniyle boşanma davası açılabilmesi için Kanun hükmünde de açıkça belirtildiği gibi daha önceden açılmış ve reddedilmiş bir davanın mevcut olması gerekir⁶⁹⁸. Açılan ve reddedilen davanın Türk mahkemelerinden birinde veya tanınmış olmak kaydıyla yabancı bir mahkemede verilmiş olması yeterlidir⁶⁹⁹. Eşler dava açmaksızın fiilî olarak birbirinden ne kadar uzun süre ayrı yaşamış olurlarsa olsunlar ortak hayatın yeniden kurulamamasına dayalı bir dava açma hakları yoktur⁷⁰⁰. Açılan önceki davada ret kararı verilmesi yeterli olup; red kararının hukuksal gerekçesi ve nedenleri önemli değildir⁷⁰¹.

⁶⁹⁴ Bu konuda geniş bilgi için bkz (Üçüncü Bölüm, §8, III, B).

⁶⁹⁵ Hatemi/ Serozan, s. 238; Özgül, Mehmet Emin, Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 29, Sayı: 3, Yıl: 2021, s. 2353.

⁶⁹⁶ Hatemi/ Serozan, s. 238; Özgül, s. 2353.

⁶⁹⁷ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.125.

⁶⁹⁸ Gençcan (2020), s. 901; YHGK.,E. 2017/1286, K. 2019/142, T. 14.02.2019; “4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 166/4. maddesi; “Boşanma sebeplerinin herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl geçmesi hâlinde, her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilir” hükmünü içermektedir... Anılan madde gereğince boşanma kararı verilebilmesi için ilk koşul, reddedilen bir boşanma davasının bulunmasıdır. Bu davalarda reddedilip kesinleşen ve boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan bir davaya dayanılabilir. Ret kararının kesinleşmiş olması dava şartı olup, mahkemece kendiliğinden dikkate alınmalıdır”.

⁶⁹⁹ Camcı, s. 59.

⁷⁰⁰ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 125.

⁷⁰¹ İpek, s. 128; Özgül, s. 2353; Yarg.2.H.D.E. 1991/8004, K. 1991/11148, T.19.09.1991 “yasa koyucu yalnızca kesinleşen red kararını yeterli görmüş ve önceki red kararının hukuksal gerekçesi ve nedenleri ile ilgili olarak başkaca bir unsur ve koşul aramamıştır. Bu nedenle önceki red kararı ister iddiasının ispat edilmemiş olmamasına,

Dava açmamakla birlikte uzun süre geçerli bir sebep olmaksızın birlikte de yaşamayan eşler, fiilî ayrılık nedeniyle dava açamayacak olsalar da evlilik birliğinin sarsılması veya koşulların oluşması hâlinde terk nedeniyle dava açabilirler⁷⁰².

Bunun dışında daha önce açılmış davada hangi eşin kusurlu olup, hangi eşin kusursuz olduğunun da bir önemi yoktur⁷⁰³. Yani daha önce açılmış olan davada kendi kusuru nedeniyle boşanma davasının reddedilmiş olması hâlinde dahi kusurlu olan eşin dava açma hakkı vardır⁷⁰⁴. Örneğin eşinin hayatına kast ettiği, pek kötü veya onur kırıcı davranışta bulunduğu, suç işlediği veya haysiyetsiz hayat sürdüğü gerekçesiyle hakkında boşanma davası açılan eş dahi ortak hayatın kurulamaması hükmüne dayanarak boşanma davası açabilecektir. Bunun yanında ayrılık süresi içinde de davacı eşin kusurlu davranışlarının olması davada boşanma kararı verilmesine engel değildir⁷⁰⁵.

2.4.2.3.2.2. Her Ne Sebeple Olursa Olsun Ortak Hayat Kurulamamış Olmalı

Daha önce açılmış boşanma davasına ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesinden sonra evlilik birliğinin tekrar kurulamamış olması gerekir⁷⁰⁶. Her ne sebep olursa olsun ortak hayatın kurulamamış olmasını eşlerin ortak yaşamı kurma konusunda iradelerinin oluşmaması olarak anlamak gerekir. Yoksa eşlerin ortak yaşamı kurma iradelerinin tekrar oluşmuş olmasına

ister feragata, isterse yasanın unsur ve koşullarının gerçekleşmemiş bulunmasına dayansın bütün bu yönler Medeni Kanunun 134/son maddesinin uygulanması açısından önemli değildir. Hangi nedene dayanırsa dayansın ortada kesinleşmiş bir red kararının bulunması, süre ve müsterek hayatın kurulamaması unsurlarının da varlığı hâlinde boşanma kararının verilmesi için yeterlidir”; Y2HD.,E. 2006/9680, K. 2006/16417, T. 27.11.2006; “Dava Türk Medeni Kanununun 166/son maddesine dayalı eylemli ayrılık nedeni ile boşanma davası olup, anılan madde gereğince boşanma nedenlerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç yıl geçmesi hâlinde, her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa eşlerden birinin talebi üzerine boşanmaya karar verilmesi gerekir. İlk davanın ret nedeni önemli olmadığı gibi ortak hayatın yeniden kurulamamasının nedeninin de bir önemi yoktur”.

⁷⁰² İpek, s. 128; Özgül, s. 2353; Yarg.2.H.D.E. 1991/8004, K. 1991/11148, T.19.09.1991; Y2HD.,E. 2006/9680, K. 2006/16417, T. 27.11.2006”

⁷⁰³ Camcı, s. 58; İpek, s. 136; ; Kayıhan/ Ünlütepe, s. 313.

⁷⁰⁴ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 126.

⁷⁰⁵ Camcı, s. 58.

⁷⁰⁶ Gençcan (2020), s. 911; Özgül, s. 2356; İpek, s. 130; YHGK.,E. 2017/1286, K. 2019/142, T. 14.02.2019; “İkinci koşul, ret kararının kesinleşmesinden sonra ortak hayatın yeniden kurulamamış olmasıdır. Hemen belirtilmelidir ki, ortak hayatın kurulması ile kastedilen, evlenmenin genel hükümlerinde tanınan hakların kullanılması ve yükletilen görevlerin yerine getirilmesini üstlenecek şekilde eşlerin bir araya gelmesidir. Yargıtay içtihatlarında da benimsendiği üzere çocukların ihtiyaçlarını karşılamak, ölüm, düğün gibi haklı sebeplerin gerektirdiği hâller için bir araya gelmek, TMK’nın 166/4. maddesi kapsamında ortak hayatın yeniden kurulduğu anlamına gelmez”.

rağmen eşlerin yasal veya fiziki başka sebeplerle bir araya gelememeleri anlaşılmamalıdır⁷⁰⁷. Örneğin kaptan olarak çalışmakta olan eşlerden birinin çalışma koşulları nedeniyle, hapis cezası ile cezalandırılmış bir eşin cezanın infazı nedeniyle veya hastalığı nedeniyle hastanede tedavi edilmekte olan eşin ortak yaşamı kuramadığı anlaşılmamalıdır.

Belirtmek gerekir ki; fiilî ayrılık sebebine bağlı olarak davanın açılabilmesi için ortak hayatın yeniden kurulamamış olması⁷⁰⁸ yeterli olup; hâkim evlilik birliğinin sarsılıp sarsılmadığını inceleme konusunda takdir hakkına sahip değildir⁷⁰⁹. Ortak hayat kurulamadan üç yıldan fazla bir sürenin geçmiş olmasına rağmen eşler ortak hayatı kurma gayesi ile bir araya tekrar gelirler ise; bundan sonra açılacak boşanma davasının reddedilmesi gerekir⁷¹⁰. Çünkü bu davanın açılmasının asıl dayanağı eşlerin ortak yaşamı kuramamış olması fikrine dayanır⁷¹¹. Eğer eşler bu süre geçmiş olsa dahi ortak yaşamı kurma iradesi ile bir araya gelmişler ise artık ortak hayat kurulmuş olduğundan Kanun hükmünün aradığı koşullardan biri ortadan kalkmış olur. Bu aşamadan sonra açılacak davada boşanma kararı verilmesi Kanun hükmünde aranan fikre aykırılık oluşturacaktır. Yani Kanun hükmünde her ne kadar açıkça belirtilmiş olmasa da boşanma davası açıldığı sırada ortak yaşamın tekrar kurulamamış olması halinin, davanın açıldığı ve devam ettiği süre içerisinde fiilî ayrılığın da devam ediyor olmasını gerektirir⁷¹².

2.4.2.3.2.3. Boşanma Davasının Reddedilmesine İlişkin Kararın Kesinleşmesinden İtibaren Üç Yıl Geçmiş Olmalı

Her ne sebeple ve hangi eş tarafından açılmış olursa olsun; boşanma davasının reddi kararının kesinleşmesinden itibaren üç yıl geçmiş olması hâlinde evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı karine olarak kabul edilmektedir⁷¹³. Üç yıllık süre dava şartıdır, dolayısıyla sürenin geçip geçmediğini hâkim kendiliğinden inceleyecektir⁷¹⁴.

Ortak hayatın kurulamaması boşanma sebebine dayalı olarak dava açılabilmesi için daha önceden açılan boşanma davasının hangi sebebe dayalı olduğunun bir önemi yoktur⁷¹⁵.

⁷⁰⁷ İpek, s. 131.

⁷⁰⁸ Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 292, Hatemi/ Serozan, s. 238.

⁷⁰⁹ Kayıhan/ Ünlütepe, s. 313.

⁷¹⁰ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 126; İpek, s. 136.

⁷¹¹ Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 293.

⁷¹² Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 126.

⁷¹³ Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 293.

⁷¹⁴ Kayıhan/ Ünlütepe, s. 313, Özgül, s. 2361.

⁷¹⁵ Gençcan (2020), s. 913

İster özel boşanma sebeplerinden birine isterse genel boşanma sebeplerinden birine dayanılarak boşanma davası açılmış olsun⁷¹⁶; sonuçta davanın reddi kararının kesinleşmesinden itibaren geçen üç yıl⁷¹⁷ sonuna kadar evlilik birliği tekrar kurulamamış ise eşler boşanma davası açabilirler⁷¹⁸.

Önceki davada ret kararının verilmesinin davanın esasına ilişkin gerekçesi de önemli değildir. Örneğin feragat nedeniyle ret kararı verilmiş olması dahi yeterlidir⁷¹⁹. Bunun yanında davanın açılmamış sayılması veya şekli sebeplerle reddedilmesi ise; ortak hayatın kurulamaması gerekçesiyle dava açma hakkı vermez⁷²⁰.

Daha önce açılmış boşanma davasına ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesinden sonra en az üç yıl evlilik birliğinin tekrar kurulamamış olmasına⁷²¹ ilişkin Kanun hükmünden anlaşıldığı üzere üç yıllık sürenin kesintisiz olarak geçen bir süre olması aranmaktadır⁷²². Doktrinde üç yıllık sürenin fazla olduğu genel olarak kabul edilmektedir⁷²³. Kanaatimce de bu süre, reddedilen davanın süresinin de dikkate alınması hâlinde yeni bir hayat kurmak için çok uzundur.

Eşlerin ortak yaşamı sonlandırma iradesi oluştuğundan sonra hastalık, kamu görevi, hapis cezasının infazı veya eğitim gibi nedenlerle geçen süreler üç yıllık sürenin niteliğini değiştirmez; süre bu hallerde de işlemeye devam eder⁷²⁴. Elbette eşlerin her bir araya gelişleri

⁷¹⁶ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.125; Hatemi/ Serozan, s. 238.

⁷¹⁷ Camcı, s. 61; Gençcan (2020), s. 932; YHGK.,E. 2017/1286, K. 2019/142, T. 14.02.2019; “Üçüncü koşul ise ret kararının kesinleşmesinden sonra üç yıllık bir sürenin geçmesidir. Bu süre kesintisiz olmalı ve hâkim tarafından re’sen gözetilmelidir... 4721 sayılı TMK’nın getirdiği bir yenilik olarak karşımıza çıkan bu madde uyarınca boşanma kararı verilebilmesi için mahkemece kusur araştırması yapılmasına gerek bulunmadığı gibi boşanma kararı verilmesini isteme hakkının sadece davacıya değil davalıya da tanındığı madde metninden anlaşılan diğer bir husustur”.

⁷¹⁸ Camcı, s. 62; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 292.

⁷¹⁹ Yarg.2.H.D E. 1991/8004, K. 1991/11148, T.19.09.199 “HUMK.’nın 95/1. maddesi uyarınca davadan feragat kati bir hükmün hukuki neticelerini hâsıl etmektedir. Özetle, davadan feragat ile davanın ispat edilmemesi ya da yasal unsur ve koşulların mevcut olmaması nedenleriyle isteğin reddi hallerinde hukuksal değer ve sonuç açısından hiçbir fark söz konusu değildir”.

⁷²⁰ Özgül, s. 2357.

⁷²¹ Gençcan (2020), s. 911; Özgül, s. 2356; İpek, s.130; YHGK.,E. 2017/1286, K. 2019/142, T. 14.02.2019; “İkinci koşul, ret kararının kesinleşmesinden sonra ortak hayatın yeniden kurulamamış olmasıdır. Hemen belirtilmelidir ki, ortak hayatın kurulması ile kastedilen, evlenmenin genel hükümlerinde tanınan hakların kullanılması ve yükletilen görevlerin yerine getirilmesini üstlenecek şekilde eşlerin bir araya gelmesidir. Yargıtay içtihatlarında da benimsendiği üzere çocukların ihtiyaçlarını karşılamak, ölüm, düğün gibi haklı sebeplerin gerektirdiği hâller için bir araya gelmek, TMK’nın 166/4. maddesi kapsamında ortak hayatın yeniden kurulduğu anlamına gelmez”.

⁷²² Hatemi/ Serozan, s. 238.

⁷²³ Özgül, s. 2363.

⁷²⁴ Camcı, s. 61.

ortak yaşamın kurulduğu anlamına gelmez. Ortak yaşamı kurma niyeti ile eşlerin bir araya gelmesi hâlinde evlilik birliğinin kurulduğu dolayısıyla Kanunda aranan üç yıllık sürenin kesildiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla da üç yıllık sürenin kesilmesi hâlinde dava açma hakkı yoktur⁷²⁵. Kaldı ki ortak hayatın kurulamadan üç yılın geçmesi davanın açılma koşullardan biri olması dolayısıyla hâkim bu hususu re'sen dikkate almak zorundadır⁷²⁶.

Aile hukukunun asıl amacının aile birliğinin muhafaza edilmesi ve bu aile içinde topluma faydalı fertlerin yetiştirilmesi olduğuna göre, ortak yaşamı kurma niyeti ile eşlerin bir araya gelmesi hususunda daha esnek davranılması, istismar etmemek kaydıyla evlilik birliğini kurtarmak gayesi ile tarafların bir araya gelmelerine imkân tanınması gerektiği kanaatindeyim. Bu nedenle ortak yaşamı kurma niyeti ile eşlerin makul sayılabilecek süreler içinde birlikte yaşamayı denemeleri teşvik edilmelidir. Evlilik birliğini tekrar kurabilmek için bir araya gelen eşlerin başarısız olması hâlinde bu denemenin üç yıllık sürenin kesilmesinde dikkate alınmaması önemli bir teşvik sağlayabilir. Dava açma hususunda elde ettikleri zamanın kesilmesi korkusu olmayan eşler birlikte yaşama konusunda daha cesur davranabilirler. Bu denemenin başarısız olması hâlinde üç yıllık sürenin kesilmesinde dikkate alınmaması taraflara bir şey kaybettirmeyeceği gibi aile birliğinin tekrar sağlanması yolunda eşler ve çocuklar için önemli bir şans sağlayabileceği kanaatindeyim.

Çekişmeli davaların zaten kesinleşmesinin beş altı yıl kadar zaman alması ayrıca yeniden dava açılması için üç yıl daha beklenmek zorunda kalınması insanların hayatında çok önemli -kadınların doğurganlık kabiliyetini kaybetmesi gibi- geri dönüşü imkânsız zararlara uğramasına sebep olabilmektedir. Bu nedenle üç yıllık sürenin kısaltılması daha faydalı olacaktır. Anlaşmalı boşanma hâlinde tarafların bir yılın sonunda evliliğin devam edemeyeceği hususunda kanaate varmasını yeterli gören bakışın ya da terk hâlinde altı aylık süreyi dava açmak için yeterli gören bakışın fiilî ayrılık hâlinde de uygulanabileceği kanaatindeyim. Özellikle hem terk hâlinde hem de fiilî ayrılık hâlinde eşlerin bir arada yaşayamıyor olması nedeniyle terk hâlinde uygulanan altı aylık sürenin fiilî ayrılığa daha uygun olduğu kanaatindeyim. Bu nedenle boşanma kararının kesinleşmesinden sonra yeniden evlilik birliği kurulmadan altı ayın geçmesi ile dava açma hakkı tanınabilir. Ayrıca üç yıllık sürenin hesaplanmasına açılan ve reddedilen davanın kesinleşmesine kadar geçen süresinin dâhil

⁷²⁵ Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 293.

⁷²⁶ Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 126.

edilerek hesaplama yapılması da sürenin uzun olmasına başka bir çözüm olabilir kanaatindeyim.

2.4.2.3.2.4. Eşlerden Biri Boşanma Davası Açmalı

Davaya ilişkin koşulların gerçekleşmiş olması kendiliğinden evlilik birliğinin sona ermesi sonucunu meydana getirmez. Bu sonucun meydana gelebilmesi için eşlerden birinin boşanma davası açması gerekir⁷²⁷.

Davayı açabilmek için daha önce de belirtildiği gibi daha önce açılmış olan davanın davacısı veya davalısı olmanın bir önemi olmadığı gibi daha önceki davada kusurlu veya kusursuz olmanın da bir önemi yoktur⁷²⁸. Yani daha önceden ister davacı olsun ister davalı olsun, ister kusurlu olsun ister kusursuz olsun bu davayı açma hakkı her iki eşe de her koşul altında tanınmış bozucu yenilik doğuran bir haktır⁷²⁹.

Ortak hayatın kurulamaması hâlinde açılacak dava mutlak boşanma sebebi oluşturan bir dava olduğu için koşullarının oluşması hâlinde hâkim boşanma kararı vermek zorundadır⁷³⁰. Ortak hayatın kurulamaması hâlinde açılan boşanma davasında hâkim ayrılığa hükmedemez⁷³¹.

Ortak hayatın kurulamaması hâlinde üç yıl süre öngörülmüş olması aynı zamanda bu ayrılık sürecinin terk nedeniyle boşanma davası açma hakkının elde edilmesine yetecek bir sürenin geçtiğini de göstermektedir. Evlilik birliğinin sona erdirilmesi niyet ve gayretinde olan eş terkin diğer koşullarının da oluşması hâlinde isterse terk nedeniyle boşanma davası açabilir⁷³².

⁷²⁷ İpek, s.128.

⁷²⁸ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 125; Özgül, s. 2353.

⁷²⁹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 125.

⁷³⁰ İpek, s.26.

⁷³¹ Hatemi/ Serozan, s. 214.

⁷³² Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 127.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BOŞANMANIN SONUÇLARI VE KUSURUN ETKİLERİ

3.1. Boşanmanın Sonuçları

Boşanma davası bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğinde olup; boşanma kararı da bu davaya bağlı olarak verilen ve yine bozucu yenilik doğuran bir mahkeme kararıdır⁷³³. Boşanma davası sonucunda hâkim ayrılığa karar vermiş ise evlilik devam etmekte iken; boşanma kararı ile evlilik bütün unsurları ile birlikte sona ermektedir⁷³⁴.

3.1.1. Boşanma Kararının Eşler Bakımından Sonuçları

Evlenme ile kişisel olarak bir araya gelen eşler aynı zamanda ekonomik olarak da bir araya gelmektedirler. Bu birlikteliğin sonlandırılması mahiyetinde olan boşanma kararı aynı evlilik birliğinin kurulmasında olduğu gibi eşleri ve varsa çocuklarını kişisel, ekonomik, sosyal ve hukuki açıdan etkileyen sonuçlar meydana getirir.

Boşanma kararı, bazıları mahkeme kararında yer almasa dahi gerçekleşen, bazıları talep üzerine, bazıları ise hâkimin re'sen nazara alarak vereceği hüküm ile gerçekleşecek sonuçlar meydana getirir⁷³⁵. Tarafların boşanmanın ferî sonuçları hakkında anlaşması mümkündür. Bu anlaşmalar hüküm ve sonuçlarını ancak hâkimin tasdikinden sonra meydana getirir. Fakat hâkimin re'sen düzenlemesi gereken konular ile kanunda düzenlenmiş konular hakkında serbest iradeleri ile anlaşma yapmaları mümkün değildir⁷³⁶.

Boşanma kararı eşler hakkında hem kişisel sonuçların meydana gelmesine hem de malî sonuçların meydana gelmesine sebep olan bir karardır. Boşanma kararı çocukların da kişisel hakları ve malî haklarını etkileyen değişiklikler meydana getirir⁷³⁷.

⁷³³ Aras (2011), s. 255; Kibar, s. 640

⁷³⁴ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 138.

⁷³⁵ Kibar, s. 648.

⁷³⁶ Esener, Turhan, Boşanmanın Ferî Neticelerine Dair Mukaveleler(Medenî Kanunumuzun 150 İnci Maddesinin 5 İnci Bendi Üzerinde Bir Tetkik. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (3-4), (1951a), s. 611; Grassinger, s. 236

⁷³⁷ Aras (2011), s. 191; Esener, (1951), s. 610; Kibar, s. 649;

Evliliğin boşanma ile sonuçlanmasının kişisel sonuçları; kadının bekleme süresinin başlaması, kadının evlenmeden önceki soyadını tekrar kullanması, eşlerin birbirlerinden olan alacaklarına ilişkin zamanaşımı süresinin başlaması, boşanan eşlerin birbirlerine mirasçılıklarını kaybetmeleri ile boşanan eşlerin kişisel durumları hakkında olduğu görülür⁷³⁸.

Evliliğin boşanma ile sonuçlanmasının eşler bakımından malî sonuçları ise; mal rejiminin tasfiyesi, maddî tazminat, manevî tazminat, yoksulluk nafakası ve ölüme bağlı tasarruflarla sağlanan haklara ilişkindir⁷³⁹.

Boşanmanın çocuklar bakımından sonuçları ise; çocukların velâyeti, çocuğun velâyeti kendisine verilmeyen eş ile çocuklar arasında kişisel ilişki kurulması ve iştirak nafakasına ilişki sonuçlarıdır⁷⁴⁰.

3.1.1.1. Boşanmanın Eşler Bakımından Kişisel Sonuçları

3.1.1.1.1. Evliliğin Sona Ermesi

Boşanmanın en önemli sonuçlarından biri boşanan eşler arasında evlilik ile kurulan bağın sona erdirmesidir⁷⁴¹. Dolayısıyla evli olmaya bağlı olan bazı maddî ve manevî hak ve yükümlülüklerde de boşanma kararı ile değişiklikler meydana gelir⁷⁴². Boşanma kararı ile evlilik birliği sona erer⁷⁴³. TMK'nın 130'inci maddesine göre önceden evli olan bir kişinin yeniden evlenmek istemesi hâlinde önceki evliliğin sona erdiğini ispatlaması gerekmektedir⁷⁴⁴. Boşanmada evlilik birliğini sona erdirdiği için eşlerin boşanma kararından sonra tekrar evlenmeleri mümkün hâle gelir⁷⁴⁵.

3.1.1.1.2. Kadının Bekleme Süresinin Başlaması

⁷³⁸ Aras (2011), s. 269 vd.; Günay, s. 26 vd.

⁷³⁹ Günay, s. 29 vd.

⁷⁴⁰ Aras (2011), s. 303 vd.

⁷⁴¹ Ceylan (2006) s. 49; Çakın, s. 112; Erol, s. 141; Günay, s. 26; Kibar, s. 649.

⁷⁴² Çakın, s. 112.

⁷⁴³ Velidedeoğlu, s. 252.

⁷⁴⁴ Ceylan (2006) s. 49.

⁷⁴⁵ Aras (2011), s. 268; Ceylan (2006), s. 48; Erol, s. 141; Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 138; Kibar, s. 649; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 297.

Evlilik birliğin sona ermesinden sonra hem kadın hem de erkek yeniden evlenebilme hakkını elde ederler⁷⁴⁶. Boşanmış her iki eşe de yeniden evlenme hakkı tanınmakla birlikte; kadının evlenebilmesi için zaman kısıtlaması söz konusudur. Bekleme ya da iddet süresi olarak ifade edilen bu süre boşanan kadın açısından yeniden evlilik yapabilmesi için öngörölmüş evlilik yapmadan geçirmesi gereken süreyi ifade eder⁷⁴⁷. Bekleme süresinin öngörölmesi; boşanan kadının gebe olması hâlinde doğacak çocuğun nesebinin⁷⁴⁸ doğru belirlenmesi maksadı güder⁷⁴⁹. Çocuğun nesebinin doğru belirlenmesi kamu düzenindendir.

TMK’ya göre evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün geçmedikçe kadın yeniden evlenemeyecek, kadının doğurması ile belirlenen bu süre bitecektir.⁷⁵⁰ Bekleme süresi kadının gebe olmadığının anlaşılması ya da boşandığı kişi ile tekrar evlenmesi hâlinde mahkemece kaldırılmaktadır⁷⁵¹.

Evlilik sona erdiğinde kadın evliliğin sona ermesinden başlayarak 300 gün geçmedikçe tekrar evlenmesi yasaklanmış⁷⁵² olmakla birlikte; TMK’nın 154. maddesinde yer alan “*Kadının bekleme süresi bitmeden evlenmesi, evlenmenin butlanını gerektirmez*” hükmü gereği bekleme süresine uyulmaksızın yapılan evlilikler geçerlidir⁷⁵³.

3.1.1.1.3. Eşlerin birbirinden Olan Alacaklarında Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başlaması

Türk Borçlar Kanunu(TBK) 153. maddesi 3. fıkrasına göre evlilik devam ettiği sürece eşlerin diğlerinden olan alacakları için zamanaşımı işlemeye başlamaz, başlamışsa durur⁷⁵⁴.

⁷⁴⁶ Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 297.

⁷⁴⁷ Aras (2011), s. 270; Çakın, s. 113; Köprölü/ Kaneti, s. 191; Hatemi/ Serozan, s. 247; Kibar, s. 650; Koçoğlu, Safa, Boşanmanın Eşler Açısından Genel Sonuçları Bağlamında Yoksulluk Nafakasına İlişkin Değerlendirme, Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 70, Sayı: 02, Yıl: 2021, 394; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 297.

⁷⁴⁸ Köprölü/ Kaneti, s. 191; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 297; Y2HD.,E. 2000/5603, K. 2000/6741, T. 22.05.2000; “Çocuk evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün içinde doğmuş olup evlilik içinde doğan çocuklar hakkındaki hükme tabidir”.

⁷⁴⁹ Ceylan, Ebru, Türk Ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Yıl: 2006, s. 52.

⁷⁵⁰ Aras (2011), s.270; Dural/ Ögüz/ Gümüş s.138; Köprölü/ Kaneti, s. 191; Velidedeoğlu, s. 252; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 297.

⁷⁵¹ Aras (2011), s.270; Dural/ Ögüz/ Gümüş s. 138; Köprölü/ Kaneti, s. 191; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 297.

⁷⁵² Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 297.

⁷⁵³ Ceylan (2006), s. 52.

⁷⁵⁴ Erol, s. 141; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 142; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 298.

Boşanma ile eşlerin birbirlerinden olan alacakları için durmuş olan zaman aşımı tekrar işlemeye başlar⁷⁵⁵.

3.1.1.1.4. Boşanan Eşlerin Mirasçılıklarının ve Ölüme Bağlı Tasarruflarının Geçersiz Hâle Gelmesi

TMK’da eş yasal mirasçılar arasında sayılmıştır⁷⁵⁶, bunun yanında iradi yolla da mirasçı olarak atanabilirler⁷⁵⁷. Bir eşin diğer eşe evlilik birliğinden kaynaklanan mirasçılığının varlığı evlilik birliğinin boşanma ile sonuçlanmamasına bağlıdır⁷⁵⁸. Evliliğin ölüm ile sonuçlanması hâlinde sağ kalan eşin mirasçılığı devam etmektedir⁷⁵⁹. Aynı şekilde evliliğin gaiplik kararı veya ölüm karinesiyle sonlanması hâlinde de ölüm ile sonlanmış gibi eşin mirasçılığı devam etmektedir⁷⁶⁰. Fakat evliliğin boşanma ile sona ermesi hâlinde mirasçılık hakları da sona erer⁷⁶¹.

Boşanma davası şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olup, eşlerden başkasının dava açması ya da davaya devam etmesi kural olarak mümkün değildir. Fakat istisna olarak eşlerden birinin dava devam ederken ölmesi hâlinde sadece sağ kalan eşin miras haklarının sona erdirilmesi amacıyla ve sağ kalanın kusurluluğunu ispatlamakla sınırlı olarak ölen eşin mirasçılarının davaya devam etme hakkı tanınmıştır⁷⁶².

4721 sayılı TMK’nın 181. maddesinde yer alan önceki düzenleme “*Boşanan eşler, bu sıfatla birbirlerinin yasal mirasçısı olamazlar ve boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, kaybederler.*” “*Boşanma davası devam ederken, ölen davacının mirasçılarının birisinin davaya devam etmesi ve davalının kusurunun ispatlanması hâlinde de yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır*” hükümlerini içermekteydi.

⁷⁵⁵ Kibar, s. 649; Koçoğlu, s. 396.

⁷⁵⁶ Topuz, Seçkin, Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Mirasçılık Sıfatını Kaybetmesinin (Tmk M.181 F.2) Miras Hakkını Koruyan Anayasa’nın 35. Maddesi Yönünden İncelenmesi = (An Assessment Of Article 181, Paragraph 2 Of Turkish Civil Code Envisaging The Heirloom Of The Living S, (2013), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 70, Sayı:2, Yıl: 2012, s. 221; Doğan (2016), s.140.

⁷⁵⁷ Taş Korkmaz, Hülya, Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Bu Sıfatla Mirasçılığına Son Vermek Amacıyla Mirasçılar Tarafından Davaya Devam Edilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Yıl: 2014, s. 1413; Topuz, s. 221.

⁷⁵⁸ Kılıçoğlu (2004), s. 21; Taş, s. 1413; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 298.

⁷⁵⁹ Doğan (2016), s. 140; Kılıçoğlu (2004), s.21; Koçoğlu, s. 392; Taş, s. 1414.

Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 298.

⁷⁶⁰ Doğan (2016), s.140; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 298.

⁷⁶¹ Erol, s.141; Kibar, s. 649; Taş, s. 1413; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 298.

⁷⁶² Doğan (2016), s. 140.

Bu kural boşanma davasında sadece davacının ölümü hâlinde ve sadece davacının mirasçılarının davaya devam edebilme ve davalının kusurluluğunu ispat ederek mirastan ıskat edilmesini sağlama imkânı vermektedir⁷⁶³. Davalının ölmesi hâlinde ise davalının mirasçılarının davaya devam edebilme ve davacının kusurluluğunu ispat ederek mirastan ıskat edilmesini sağlama imkânı tanınmamıştır⁷⁶⁴. Anayasa Mahkemesinin E. 2008/102, K. 2010/14, ve 21.01.2010 tarihli kararıyla, 4721 sayılı TMK'nın 181. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "... davacının, ... davalının ..." sözcüklerinin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline⁷⁶⁵ karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararı "*Maddede davacının ölümü hâlinde, mirasçılarının davacı tarafından açılmış davaya devam etme hakkı tanınmıştır. Davalının ölümü hâlinde, davalı tarafından açılmış bir dava yoktur ki, mirasçılarının hak arama özgürlüğünün kısıtlanmasından ve davalının mirasçılarının eşitsizlik yapılmasından söz edilebilsin*" denilerek⁷⁶⁶ Ahmet Mithat Kılıçoğlu tarafından eleştirilmiştir. AYM'nin davayı açan tarafa bakmaksızın açılmış bir dava olmasını yeterli görerek verdiği kararından sonra yapılan mevcut düzenleme ile her iki eşin mirasçılarının da davaya devam etme hakkı tanınmış olmakla adaletin sağlanması bakımından daha isabetli bir düzenleme yapıldığı kanaatindeyim.

TMK'nın mevcut 181. maddesindeki düzenlemeye göre de eşlerin evlenme dolayısı ile edinmiş oldukları mirasçılık boşanma ile sona erecektir⁷⁶⁷. Bunun yanında boşanma kararı ile mirasçılığın yanı sıra boşanma anına kadar eşlerin birbirlerine karşı yapmış oldukları ölüme bağlı tasarruflar da aksi tasarruftan anlaşılmadığı takdirde sona erecektir⁷⁶⁸. Burada kastedilen

⁷⁶³ Ceylan (2006) s. 56; Kılıçoğlu, Ahmet Mithat, Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, Cilt: 1, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 391, Boşanma Davasında Davacının Ölümü Hâlinde Mirasçılarının Davaya Devam Etmesi Hükmünün Anayasa Mahkemesince İptal Kararının Eleştirisi, Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, Yıl: 2013, Ankara Üniversitesi Yayınları, Cilt: 1, s. 187; Koçoğlu, 392.

⁷⁶⁴ Kılıçoğlu (2013), s. 188; Topuz, s. 221 .

⁷⁶⁵ Taş, s. 1419; Topuz, s. 222; AYM E. 2008/102, K. 2010/14, T. 21.01.2010 ; "*İtiraz konusu kuralla devam eden boşanma davası sırasında ölen davacının mirasçılarının davaya devam edebilme hakkı tanınmasına rağmen, bu hak, davalının ölmesi hâlinde davalının mirasçılarının tanınmamıştır. Madde gerekçesinde özellikle zina, hayata kast, pek kötü davranış, haysiyetsiz hayat sürme gibi sebeplerle açılan boşanma davalarında, davacının ölümü hâlinde doğabileceği belirtilen haksız ve adaletsiz sonuçların, bu eylemlere maruz kalan davalının ölümü hâlinde de ortaya çıkabileceği kuşkusuzdur. Davacı eşin zina, hayata kast, pek kötü davranış, haysiyetsiz hayat sürme gibi fiillerde bulunması karşısında davalı eşin de ayrı bir boşanma davası ya da karşılık dava açabileceğinde tereddüt bulunmamakla birlikte, Yasa'nın davacının mirasçılarının tanıdığı bu haktan davalının mirasçılarının da yararlanabilmeleri için davalıdan boşanma davası açması beklenemez. Hukuk davalarında, "taraf" olma itibarıyla davacı ya da davalının hukuki durumları aynıdır. İtiraz konusu düzenleme ile hukuki konumları aynı olan davacı ile davalının mirasçıları arasında farklı kurallar getirilerek bir taraf lehine ayrıcalık tanınmaktadır... davacının ...", "... davalının ..." sözcüklerinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline"*

⁷⁶⁶ Kılıçoğlu (2013), s. 191.

⁷⁶⁷ Köprülü/ Kaneti, s. 192; Kılıçoğlu (2004), s.21; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 253; Taş, s. 1414; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 298.

⁷⁶⁸ Arbek, Ömer, Boşanmanın Mali Sonuçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:54, Sayı: 1, Yıl: 2015, s. 117, Ceylan (2006) s. 58; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.139; Kılıçoğlu (2004), s.21; Köprülü/ Kaneti, s. 192; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 253; Taş, s. 1413; Topuz, s. 222; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 298.

açıkça evlilik dolayısı ile eşlerin birbirlerine olan mirasçılık hakkının sona ermesi halidir⁷⁶⁹. Bunun dışında eşler başka bir sebebe bağlı olarak mirasçılık hakkına sahip iseler buna ilişkin mirasçılık hakları boşanma kararından etkilenmeyecektir. Yani evlilik bağı nedeniyle elde edilen mirasçılığın dışındaki mirasçılık haklarını eşler boşanmış olsalar dahi muhafaza edilecektir⁷⁷⁰.

Ölüme bağlı tasarrufların geçersiz hâle gelmesi ile ilgili de Kanun maddesinde aksi anlaşılmadıkça ölüme bağlı tasarrufların geçersiz olacağı⁷⁷¹ belirtildiğinden her ne kadar eşler boşanmış olsalar dahi boşanmaya rağmen eşinin kendisine mirasçı olacağı yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufta anlaşılan eski eş mirasçı olmaya devam edecektir⁷⁷².

Dava devam ederken eşlerden birinin ölmesi, evliliği ölüm nedeniyle sona erdirecektir. Bunun sonucu olarak da sağ kalan eş ölene mirasçı olacaktır⁷⁷³. Boşanma davasından sonra fakat henüz karar verilmeden eşlerden birinin ölmesi hâlinde ölenin mirasçılarının boşanma davasına devam etmesi ve diğer eşin kusurunun ispatlanması hâlinde yine kusuru ispatlanan eş ölen eşe mirasçı olamayacak ve lehine yapılan ölüme bağlı tasarruflar, tasarruftan aksi anlaşılmadıkça geçersiz olacaktır⁷⁷⁴. Kusurun ispatlanarak sağ kalan eşin mirastan ıskat edilmesi bakımından davacı ya da davalının mirasçısı olmanın AYM' nin iptali ve TMK md. 181/2' de yeni düzenleme yapılması ile artık bir farkı kalmamıştır⁷⁷⁵.

Boşanma davası devam ederken taraflardan birinin ölmesinin mirasçılar bakımından ilgi ve önemi sağ kalan eşinde boşanma davası açılmış olmasına rağmen mirastan pay alabilecek olmasıdır⁷⁷⁶. Mirasçılara tanınan yetki, miras bırakanın davacı veya davalı sıfatıyla bulunduğu davadaki hak ve yetkileri ile sınırlıdır. Bu nedenle karşı tarafın kusurlu olup olmadığının

⁷⁶⁹ Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 253.

⁷⁷⁰ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 140.

⁷⁷¹ Ceylan (2006) s. 58; Doğan (2016), s. 140; Kılıçoğlu (2004), s. 22; Köprülü/ Kaneti, s. 192.

⁷⁷² Taş, s. 1414; Topuz, s. 222; Doğan (2016), s. 140; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 298.

⁷⁷³ Ceylan (2006) s.55; Doğan (2016), s.140; Kılıçoğlu (2004), s.22; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 253.

⁷⁷⁴ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 140; Kılıçoğlu (2004), s. 22; Kibar, s. 655; Y2HD.,E. 2012/19183, K. 2013/5313, T. 27.02.2013; "ibraz edilen mirasçılık belgesine göre, davacı-davalı (koca) boşanma kararı kesinleşmeden, 12.12.2012 tarihinde ölmüştür. Evlilik ölümle sona ermiştir. Ayrıca, davacı-davalı (Koca) mirasçısı, davayı kusur tespiti yönünden takip edeceklerini bildirmiştir. Türk Medeni Kanununun 181/2. maddesi uyarınca, boşanma davası devam ederken, ölen eşin mirasçılarının birisinin davaya devam etmesi ve diğer eşin kusurunun ispatlanması hâlinde, sağ eş mirasçı olamayacak ve boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendisine sağlanan hakları, tasarruftan aksi anlaşılmadıkça kaybedecektir. Bu nedenle, ölen davacı mirasçılarının davalının kusurlu olduğunu tespit ettirmek bakımından, hukuki yararları mevcut olup; yasal olarak davayı devam ettirme hakları vardır".

⁷⁷⁵ Kibar, s. 655.

⁷⁷⁶ Topuz, s. 222.

tartışma konusu olmadığı anlaşmalı boşanmada ölen ve sağ kalan taraflar kusur isnadında bulunmayacakları gibi, mirasçılarda kusur isnadında bulunamayacaklardır⁷⁷⁷. Aynı şekilde kısıtlanmasına karar verilmiş akıl hastası aleyhine açılan, akıl hastalığı nedeniyle boşanmada da akıl hastasına kusur ithaf edilemeyeceği için; diğer eşin mirasçıları kusurluluğun ispatı amacıyla davaya devam edemeyecektir.

Boşanma davasının yabancı ülkede açılmış ve boşanmaya karar verilmiş olmasına rağmen Türkiye’de tanıma ve tenfiz davası açılmadan eşlerden birinin ölmesi hâlinde sağ kalanın miras haklarının sona erdirilmesi için ölen eşin tanıma ve tenfiz davası açıp açamayacağı da boşanmanın sonuçları bakımından önem göstermektedir.

Yabancı mahkemelerce verilen “*Kararın Tenfiz Edilmesinde Hukukî Yararı Bulunan Herkes Tenfiz İsteminde Bulunabilir*” 27/11/2007 Tarih ve 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun(MÖHUK). Evliliğin ölümle veya boşanma ile sonlanması haline göre mirasçıların menfaatinin olduğu açıktır. O hâlde bu hüküm gereği ölen eşin mirasçılarının açılmış tanıma ve tenfiz davasına devam etmekte, henüz dava açılmamışsa dava açarak yabancı mahkeme kararının tanınmasını veya tenfizini talep etme hakkına sahiptirler⁷⁷⁸.

⁷⁷⁷ Taş, s. 1416; Y2HD.,E. 2021/769, K. 2021/2334, T. 17.03.2021; “Türk Medeni Kanunu'nun 181/2. maddesine göre, boşanma davası devam ederken, ölen eşin mirasçılarından birisinin davaya devam etmesi ve diğer eşin kusurunun ispatlanması hâlinde, sağ eş, ölen eşin yasal mirasçısı olamaz ve boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendisine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça kaybeder. Ölen eşin mirasçılarının, Türk Medeni Kanunu'nun 181/2. maddesinde düzenlenen hakları kullanabilmeleri için en önemli koşul, murisin sağlığında açılmış ve ölümünden sonra da devam eden bir boşanma davasının bulunmasıdır. Türk Medeni Kanunu'nun 181/2. maddesine göre ölen eşin mirasçılarının hak ve yetkileri, murislerinin sağlığında davacı veya davalı sıfatıyla kendilerine tanına hak ve yetkilerle sınırlıdır. Dava, anlaşmalı boşanma davası (TMK m. 166/3) olarak açılmış olup, çekişmeli boşanma davası bulunmamaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 181. maddesi ile mirasçılara tanınan davayı devam ettirme hakkı için devam ettirilen davada sağ kalan eşin kusurunun ispatlanması zorunluluktur. Bu ise ancak "Sağ kalan eşin kusurunun ispatlanma olanağı bulunan" davalarda gerçekleştirilebilir... Anlaşmalı boşanma davasında, mirasçılar sağ kalan eşin herhangi bir kusurunu kanıtlamayacaktır. Bu tür boşanma davalarında sağ kalan eşin kusurunu ölen eş bile tartışmaz ve dâhi tartışmaya açmazken ölenin mirasçılarının bunu gerçekleştirmesi kabul edilemez. ...anlaşmalı boşanma davasında (TMK m. 166/3) kusur belirlemesi yapılması mümkün olmadığında, davalı mirasçısının kusur belirlemesine yönelik talebinin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde kusur belirlemesi doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir”.

⁷⁷⁸ Ekşi, Nuray, Yabancı Boşanma Kararının Türkiye’de Tanınması Davasının Mirasçılar Tarafından Açılabilmesine İlişkin Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 3.4.2012 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi=Evaluation Of The Decision Of The Second Civil Division Of The Court Of Appe, (2013), Milletlerarası Hukuk Ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 32, Sayı:1, Yıl: 2012, s. 40.

Mirasçılarının tanıma ve tenfiz isteminde bulunabilmesi için eşlerden en az birinin ölmüş olması zorunludur. İki eşinde sağ olduğu hâlde mirasçı olacak kişilerin hukuki yararı olduğundan söz edilemez⁷⁷⁹.

3.1.1.1.5. Kişisel Durum Değişikliği

3.1.1.1.5.1. Kadının Evlenmeden Önceki Soyadını Alması

Boşanan kadının kişisel durumunu düzenleyen TMK'nın 173. maddesine göre boşanma hâlinde kadın evlenme ile kazandığı kişisel durumunu koruyacak ancak evlenmeden önceki soyadını yeniden alacaktır⁷⁸⁰.

Kadın, evlenme ile kullanmaya başladığı kocasının soyadını evliliğin kocanın ölümü ile sona ermesi hâlinde kullanmaya devam edecek; kendi isterse babasının soyadını kullanabilecektir⁷⁸¹. Kadına, evliliğin kocanın ölümü ile sona ermesi hâlinde tanınan bu hak boşanma hâlinde ancak mahkeme kararı ile tanınmaktadır. Kadın evlenme ile kullanmaya başladığı kocasının soyadını boşanma ile artık kullanamaz⁷⁸². Fakat bu kurala bir istisna getirilmiş ve kadına kocasının soyadını kullanmaya devam edebilme imkânı verilmiştir. Buna göre kadının hem boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati olduğunu hem de bunun kocaya bir zarar vermeyeceğini ispatlaması gerekmektedir⁷⁸³. Koşulların değişmesi hâlinde koca mahkemeden bu iznin kaldırılmasını isteyebilir⁷⁸⁴. Yani boşanan kadının kişisel durumuna ilişkin düzenlemenin yer aldığı TMK md.173'e göre kadın eski kocasının soyadını kullanmayı isteyebileceği gibi, koca da koşulların değişmesi nedeniyle eski karısının kendi soyadını kullanması hususunda verilen iznin kaldırılmasını isteyebilir⁷⁸⁵.

⁷⁷⁹ Ekşi, s. 40.

⁷⁸⁰ Ceylan (2006) s. 50; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.139; Kibar, s. 650; Koçoğlu, 394; Köprülü/ Kaneti, s. 191; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 297.

⁷⁸¹ YHGK.,E. 2011/21, K. 2011/135, T. 13.04.2011; "Türk Medeni Kanununun 187. ve Soyadı Nizamnamesinin 17. maddelerinde kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağı, isterse kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabileceği, daha önce iki soyadı kullanan kadının bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabileceği, Soyadı Nizamnamesinin 18. maddesinde de dul bir kadının evlenmekle yeni kocasının soyadını alacağı, Nüfus Hizmetleri Kanununun 23. maddesinin ikinci fıkrasında ise kadının evlenmekle kaydının kocası hanesine taşınacağı, koca ölse de kadın yeniden evlenmedikçe ölen kocasının aile kütüğünde kalacağı, ancak dilerse babasının kütüğüne dönebileceği öngörülmüştür".

⁷⁸² Aras (2011), s. 269; Köprülü/ Kaneti, s. 197; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 297.

⁷⁸³ Ceylan (2006), s. 51; Çakın, s. 113; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 297.

⁷⁸⁴ Aras (2011), s. 269; Ceylan (2006) s. 51; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 139.

⁷⁸⁵ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 139.

3.1.1.1.5.2. Erginlik ve Kayın Hısımlığı

Evlenmenin kişinin ergin kılınması ve kayın hısımlığı gibi hususlarda da etkisi söz konusudur⁷⁸⁶. Evlenme ile iki eşte kazandıkları reşitlik ve kayın hısımlığına ilişkin kişisel durumlarını boşanmadan sonrada korurlar⁷⁸⁷.

3.1.1.1.5.3. Türk Vatandaşlığı

Boşanmanın kişisel sonuçlarından biri de boşanmanın Türk vatandaşlığına olan etkisidir. 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu (TVK)16. maddesi Türk vatandaşlığının evlenme yoluyla kazanılması düzenlenmiştir. Bu Kanun hükmüne göre; “*Bir Türk vatandaşı ile evlenme doğrudan Türk vatandaşlığını kazandırmaz. Ancak bir Türk vatandaşı ile en az üç yıldan beri evli olan ve evliliği devam eden yabancılar Türk vatandaşlığını kazanmak üzere başvuruda bulunabilir. Başvuru sahiplerinde; aile birliği içinde yaşama, evlilik birliği ile bağdaşmayacak bir faaliyette bulunmama, millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmama, şartları aranır*” TVK. md 16.

Vatandaşlık hakkının elde edilememesi hali ise vatandaşlığa başvuru koşulları içerisinde dolaylı olarak belirtilmiştir. Buna göre; Türk vatandaşıyla sadece evlenmiş olmak hemen Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığını kazandırmaz (TVK. md. 16). Kanun hükmüne göre, evlilik dolayısıyla Türk vatandaşlığına başvurabilmek için; en az üç yıldır evli olup evliliği hâlen devam ediyor olmak, aile birliği içinde yaşamak, evlilik birliği ile bağdaşmayacak bir faaliyette bulunmamak, Millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak şartları aranır (TVK. md. 16/1).

Evlenme ile kazanılan vatandaşlık boşanma hâlinde korunur⁷⁸⁸. Vatandaşlık Kanunu’ndaki düzenlemeden anlaşıldığı üzere vatandaşlık başvurusu yapılabilmesi için hâlen devam eden evliliğin olması gerekir. Kazanılan vatandaşlık üzerinde boşanma etkili olmayacaksa da Vatandaşlık Kanunu’nda öngörülen üç yıllık sürenin henüz dolmamış olması hâlinde boşanma, vatandaşlık başvurusunun yapılamayacak olması dolayısı ile etkisini

⁷⁸⁶ Ceylan (2006), s. 49; Velidedeoğlu, s. 252.

⁷⁸⁷ Aras (2011), s. 269; Erol, s.141; Köprülü/ Kaneti, s. 197; Velidedeoğlu, s. 252; Zevkliler/ Havuçcu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 297.

⁷⁸⁸ Ceylan (2006), s. 49;Erol, s. 141; Köprülü/ Kaneti, s. 191.

gösterir. Eşlerin boşanması hâlinde evlilikte son bulacağından vatandaşlık başvurusu yapılamayacaktır.

3.1.1.2. Boşanmanın Eşler Bakımından Malî Sonuçları

3.1.1.2.1. Genel Olarak

Boşanma davasının asıl konusuna bir takım yan sonuçların eklenmesi, yani boşanma nedeniyle nafaka, maddî ve manevî tazminat, çocukların ana baba ile ilişkileri, eşlerin mallarının tasfiyesinin talep ve hüküm altına alınması mümkündür. Boşanmaya hükmedilmedikçe, ikinci derecede kalan bu talepler hakkında karar verilmesi olanaklı değildir⁷⁸⁹. Boşanmanın malî sonuçlarının kapsam bakımından çok geniş olduğu görülür⁷⁹⁰. Malî sonuçların bir kısmı kanundan doğarken; bir kısmı kanunun tanıdığı dava hakkının kullanılması sonucu hâkim kararıyla meydana gelir⁷⁹¹. Maddî tazminat, manevî tazminat, yoksulluk nafakası ve çocuklar için iştirak nafakasının dava ile birlikte veya davadan sonra talep edilmesi mümkündür ve bu talepler birbirleriyle etkileşim içindedir. Bu talepler için aranan diğer koşullar sağlansa dahi, yükümlü olacak eşin malî gücüyle ilgili olduklarından; tarafların ekonomik gücünün tespitini, örneğin mal rejiminin tasfiyesini gerekli hatta zorunlu kılar⁷⁹². Tarafların maddî tazminat, manevî tazminat, yoksulluk nafakası ve çocuklara ilişkin konularda aralarında anlaşma yapmaları mümkündür. Hâkim anlaşmayı dikkate alır fakat bu anlaşma ile bağlı değildir. Boşanmanın bütün feri sonuçlarına ilişkin anlaşmalar hâkimin onayıyla hüküm ve sonuçlarını doğurur⁷⁹³.

⁷⁸⁹ **Y2HD.,E. 2006/235, K. 2006/334, T. 31.05.2006**; “...boşanma davasının asıl konusuna bir takım yan sonuçların eklenmesi, ...mümkündür. Boşanmaya hükmedilmedikçe, ikinci derecede kalan bu talepler hakkında karar verilmesi olanaklı değildir”.

⁷⁹⁰ **Arbek**, s. 117; **Günay**, s. 30.

⁷⁹¹ **Velidedeoğlu**, s. 253.

⁷⁹² **Gümüş, Mustafa Alper**, Türk Hukukunda Yasal Mal Rejimi Olan Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Çerçevesinde Boşanma Davası; İştirak Nafakası; “Maddi Tazminat Ve/Veya Yoksulluk Nafakası” Ve/Veya Manevi Tazminat Talepleri İle Mal Rejiminin Tasfiyesi Talebi Arasındaki İlişki, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: IX, Sayı: 3-4, Yıl: 2005., s.389; **Y2HD.,E. 2006/235, K. 2006/334, T. 31.05.2006**; “...boşanma davasının asıl konusuna bir takım yan sonuçların eklenmesi, diğer bir ifadeyle boşanma nedeniyle nafaka, maddi ve manevi tazminat, çocukların ana baba ile münasebetleri, karı koca mallarının tasfiyesinin talep ve hüküm altına alınması mümkündür”.

⁷⁹³ **Aras (2007)**, s. 170; **Grassinger**, s. 236.

Eşler bakımından malî sonuçları, eş adına yapılmış ölüme bağlı tasarrufların tasarruftan aksi anlaşılmıyorsa sona ermesi, mal rejiminin tasfiye edilmesi, maddî tazminat ve manevî tazminata ilişkin talepler ile yoksulluk nafakasına ilişkindir⁷⁹⁴.

3.1.1.2.2. Maddî Tazminat Talebi Ve Maddî Tazminatın Şartları

Eşlerin birbirlerinden alacakları maddî tazminata ancak boşanan eşlerin talebi ve hâkim tarafından verilen kararlar hükmedilebilir⁷⁹⁵. Maddî tazminat, açılacak olan boşanma davası ile birlikte talep edilebileceği gibi boşanma hükmünün kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde ayrı bir dava ile de talep edilebilir⁷⁹⁶.

Maddî tazminata hükmedilebilmesi için boşanma davasının kabul edilmesi ve evlilik birliğinin boşanma ile sona ermiş olması gerekir⁷⁹⁷. Hâkim boşanma davalarında boşanma talebini reddedebileceği gibi ayrılığa ya da boşanmaya da karar verebilir. Davanın reddedilmesi ya da ayrılığa karar verilmesi hâlinde evlilik devam ettiği için maddî tazminata hükmedilemez⁷⁹⁸.

TMK'nın 174/1 hükmü ile talep edilen tazminat, boşanmanın ferî sonuçlarındandır. Dolayısı ile boşanmanın ferî niteliğinde olmayan müşterek evin alınması sırasında yapılan katkı karşılığı maddî tazminat istemi⁷⁹⁹, ziynet eşyasına yönelik maddî tazminat istemi⁸⁰⁰, ev eşyası, düğünde takılan nakit para⁸⁰¹, işyeri kurma, borç ödeme, otomobil alma ve tedavi giderlerine ilişkin tazminat istemi⁸⁰², kendisine ait evin kirasının eşi tarafından alınması ve maaş kartı ile

⁷⁹⁴ Ceylan (2006), s. 58.

⁷⁹⁵ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 147; Oy, s. 15; Velidedeoğlu, s. 253.

⁷⁹⁶ Koçoğlu, 397; Oy, s. 15;

⁷⁹⁷ Koçoğlu, s. 397.

⁷⁹⁸ Ceylan (2006), s. 77.

⁷⁹⁹ Y2HD.,E. 2006/235, K. 2006/334, T. 31.05.2006; "...boşanmanın eki niteliğindeki taleplerin ayrıca harca tabi olmadığı açıktır. Somut olayda, dava dilekçesinde salt boşanma isteminde bulunan davacı, aşamalarda ibraz ettiği dilekçelerde, müşterek evin alınması sırasında yaptığı katkı karşılığı maddî tazminat talep etmiş, ne var ki harca ilişkin işlemleri yerine getirmemiştir. Davacının maddî tazminat istemi ile boşanma davasının dayandıkları hukuki ilişki ve maddî olaylar tamamen ayrı olduğundan; davacının tazminat talebi ayrı bir davanın konusunu teşkil etmektedir. Bu itibarla, boşanmanın eki niteliğinde olmayan davacının maddî tazminat talebine ilişkin, usulüne uygun açılmış bir davadan söz edilmesi olanaklı değildir".

⁸⁰⁰ Y2HD.,E. 2011/5085, K. 2012/2930, T. 16.02.2012; "...boşanmanın fer'i (eki) niteliğinde olmayan ziynet eşyasına yönelik maddî tazminat istemi yönünden..."

⁸⁰¹ Y2HD.,E. 2010/2648, K. 2011/3711, T. 03.03.2011; "Davalı-davacı kadının boşanma davasının eki niteliğinde olmayan ziynet, ev eşyası, düğünde takılan nakit para, müşterek konuta katkısı karşılığı tazminat istemine ilişkin istemler".

⁸⁰² Y2HD.,E. 2006/11240, K. 2006/17764, T. 18.12.2006; "Davacı kadının maddî tazminata yönelik isteminin bir bölümü Türk Medeni Kanunu'nun madde 174/1. hükmüne dayalı ise de bir bölümü de boşanmanın eki niteliğinde

maaşının alınmasından dolayı maddî tazminat istemi⁸⁰³, evlilik nedeniyle işten ayrılma karşılığı maddî tazminat istemi⁸⁰⁴, düğün masrafları ve eşyalara ilişkin tazminat istemi⁸⁰⁵, TMK'nın 174/1 hükmü kapsamında değildir.

Dolayısı ile örnek olarak sayılan bu maddî tazminat istemleri ile boşanma davasının dayandığı hukuki ilişki ve maddî tazminat talebi tamamen birbirinden ayrı olduğundan; bu tazminat talepleri TMK md. 174/1 kapsamından ayrı bir davanın konusunu oluşturur. Bu nedenle, boşanmanın eki niteliğinde olmayan bu tür maddî tazminat taleplerine ilişkin istemler boşanma davası ile ya da boşanma davası ile bağlantılı olarak istendiğinde talep reddedilecektir.

TMK md. 174/1 de “*Mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen*” denilerek boşanma davasının ferî sonucu olan maddî tazminatın kapsamı belirlenmiştir. Buna göre boşanma davasının ferî sonucu olan maddî tazminatın kapsamı evlilik birliğinin boşanma ile sonuçlanması hâlinde boşanma yüzünden zedelenen mevcut veya beklenen menfaatlerdir⁸⁰⁶. Dolayısıyla maddî tazminata hükmedilmesi için öncelikle maddî zararın varlığı daha sonra maddî zarar ile boşanma arasında uygun illiyet bağının varlığı kanıtlanmış olmalıdır. Maddî zararın varlığını ortaya koyabilmek için eşlerin mal rejiminin tasfiye edilmiş olması gerekecektir⁸⁰⁷. Böyle bir zedelenmenin olması hâlinde kusursuz veya daha az kusurlu eş daha kusurlu eşten maddî tazminat talebinde bulunabilir⁸⁰⁸.

Kanun metninde maddî tazminat istenmesine ilişkin birçok koşul öngörülmüştür. Bunlardan ilki dava sonucunda boşanmaya hükmedilmiş olmasıdır⁸⁰⁹. İkinci koşul maddî tazminat isteyen eşin boşanmada hiç kusurunun bulunmaması ya da kusurunun diğer eşten

bulunmayan "işyeri kurma, borç ödeme, oto alma ve tedavi giderlerine" ilişkindir. Boşanmanın eki niteliğinde bulunmayan istekler... O hâlde mahkemece yapılacak iş davacı kadından boşanmanın eki maddî tazminat (TMK.m.174/1) ile boşanmanın eki olmayan tazminat istemlerinin miktar olarak ayrı ayrı açıklattırmak (HUMK.m.75) ...”

⁸⁰³ **Y2HD.,E. 2016/24216, K. 2018/10411, T. 02.10.2018**; “*Davalı-davacı kadın kendisine ait evin kirasının koca tarafından alınması ve maaş kartı ile maaşının alınmasından dolayı 10.000,00 TL maddî tazminat istemiştir. Bu istek boşanmanın eki niteliğinde olmayıp edinilmiş mal rejiminin tasfiyesi niteliğinde olup...*”

⁸⁰⁴ **Y2HD.,E. 2005/9666, K. 2005/9767, T. 22.06.2005**; “*Davalının maddî tazminat istemi işten ayrılma karşılığı olup, boşanmanın eki niteliğinde değildir*”.

⁸⁰⁵ **2.HD.,E. 2006/18739, K. 2007/7185, T. 01.05.2007**; “*Davalı-davacı koca boşanmanın eki niteliğinde olmayan düğün masrafları ve eşyalara ilişkin tazminat isteminde bulunmuş*”

⁸⁰⁶ **Esener, Turhan**, Boşanmadan Mütevellit Maddî Veya Manevî Zararın Tazmini Ne Zamana Kadar Talep Edilebilir, Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 08, Sayı: 1, Yıl: (1951b), s. 657; **Koçoğlu**, s. 397. **Günay**, s. 67; **Oy**, s. 15.

⁸⁰⁷ **Ceylan (2006)**, s. 77.

⁸⁰⁸ **Günay**, s. 67; **Oy**, s. 15.

⁸⁰⁹ **Arbek**, s. 121; **Oy**, s. 15.

daha az olması halidir. Diğer bir koşul tazminat istenen tarafın tazminat isteyen taraftan daha kusurlu olmasıdır. Bir başka koşul da tazminat isteyen tarafın mevcut veya beklenen bir menfaatinin boşanma dolayısıyla zedelenmiş olmasıdır⁸¹⁰

3.1.1.2.2.1. Lehine Tazminata Hükmedilecek Tarafın Daha Az Kusurlu Olması

743 sayılı eMK’da maddî tazminat talep edilebilmesi için aranan kusur talepte bulunacak tarafın kusursuz, diğer tarafın ise kusurlu olması olarak düzenlenmişti. 743 sayılı eMK’da aranan maddî tazminat talep edecek tarafın tamamen kusursuz olması koşulu 4721 sayılı TMK’da “kusursuz ya da daha az kusurlu olmak” şeklinde değişiklik yapılmak suretiyle daha az kusurlu eşin de maddî tazminat talep edebilmesi olanağı sağlanmıştır⁸¹¹.

Kanunun bu hükmünde belirtilen kusur evlilik içerisinde gerçekleşen herhangi bir kusur değil boşanma sebebinde kusurdur. Evlilik birliği içerisinde eşlerin tamamen kusursuz olması pratikte elbette düşünülemeyeceğinden burada kastedilen eşlerin mutlak kusursuzluğu değil; diğer eşten daha az kusurlu olmasıdır⁸¹². Yani maddî tazminat talebinde bulunacak olan eş kusurlu olsa dahi karşı tarafın daha fazla kusurlu olması hâlinde tazminata hükmedilecektir⁸¹³.

3.1.1.2.2.2. Aleyhine Tazminata Hükmedilecek Tarafın Kusurlu Olması

Tazminat talep edecek olan eşin hiç kusurunun olmaması ya da az kusurlu olması hâlinde maddî tazminat isteme hakkı var iken; kendisinden maddî tazminat talep edilecek olan taraf kesinlikle daha fazla kusurlu olmalıdır⁸¹⁴. Kusursuz olan eşten maddî tazminat talebinde bulunulamaz⁸¹⁵. Tazminat talep edilen taraf kusurlu olmakla birlikte tarafların eşit kusurlu

⁸¹⁰ Arbek, s. 117; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.147; Günay, s. 67.

⁸¹¹ Ceylan (2006), s. 83.

⁸¹² Günay, s. 63; YHGK., E. 2012/527, K. 2012/767, T. 07.11.2012; “Türk Medeni Kanununun 174/1. maddesi mevcut veya beklenen bir menfaati boşanma yüzünden haleldar olan kusursuz ya da daha az kusurlu tarafın, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebileceğini, 186. maddesi, eşlerin evi birlikte seçeceklerini, birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve mal varlıkları ile katılacaklarını öngörmüştür. Toplanan delillerden boşanmaya sebep olan olaylarda maddi tazminat isteyen eşin diğerinden daha ziyade ve eşit kusurlu olmadığı anlaşılmaktadır. Boşanma sonucu bu eş, en azından diğerinin maddi desteğini yitirmiştir. O hâlde mahkemece, tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile kusurları ve hakkaniyet ilkesi (TMK. Md,4 BK. md. 42 ve 44) dikkate alınarak davalı-karşılık davacı kadın yararına uygun miktarda maddi tazminat verilmelidir”.

⁸¹³ Arbek, s.117; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 147; Oy, s. 15; Günay, Buket, Boşanmada Maddi Ve Manevi Tazminat, Seçkin Yayıncılık, Ankara, (2019), s. 61.

⁸¹⁴ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 148; Günay, s. 67; OY, s. 15; Ceylan (2006), s. 85.

⁸¹⁵ Arbek, s. 120; Günay s. 67.

olması hâlinde de tazminat istenemez⁸¹⁶. Çünkü Kanun hükmünde kusuru ağır olan taraftan tazminat isteneceği belirtilmiştir⁸¹⁷.

Tazminat kusura, kusurda hukuka aykırı davranışın iradi olarak gerçekleştirilmesine dayanır. Ayırt etme kabiliyeti olmayan bir eşten kusurlu bir davranış beklenemeyeceği için ayırt etme kabiliyeti olmayan akıl hastası eşe karşı açılan boşanma davasında maddî tazminat istenmesi de mümkün olmayacaktır⁸¹⁸. Fakat bütün akıl hastalıklarının ayırt etme kabiliyetini ortadan kaldırmadığı da bir gerçektir⁸¹⁹.

Yargıtay birçok kararında akıl hastası eşin iradi davranış göstermesinin mümkün olmadığı⁸²⁰, ve ayırt etme gücüne sahip olmadığından fiillerinden sorumlu tutulamayacağı⁸²¹, dolayısıyla akıl hastası eşe kusur isnadında da bulunulamayacağı⁸²² yönünde kararlar vermiştir. Bazı kararlarında ise kusur isnadında bulunup bulunulamayacağı hususunda özellikle kısıtlama kararı verilip verilmediği⁸²³, akıl hastalığının eşe vasi tayin edilmeyi gerektirecek derecede olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir. O hâlde Yargıtay'ın kararları

⁸¹⁶ Y2HD.,E. 2014/294, K. 2015/2926, T. 16.12.2015; “4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’n undaki ve manevi tazminat’ başlıklı 174. maddesi uyarınca; mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen “kusursuz” veya “daha az kusurlu” tarafın, kusuru bulunan taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebileceği düzenlenmiştir. Buna göre davalı kocanın tazminatına mahkûm edilebilmesi için davacı kadının kusursuz ya da daha az kusurlu olması gerekir... Dosya içeriği ve özellikle dinlenen davalı tanığı Haydar B. ’in beyanına göre, davacı Şengül’ün iş yerindeki muhasebeci ile ilişkisi olduğu, davacı kadının bir yıl kadar önce kızının adına bir kafe açtığı, davacının kızının, işletmenin muhasebecisinin, davacı Şengül’ün sevgilisi olduğunu öğrendiği, öğrendikten sonra dükkânı sattırduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda; gerek davacı kadının gerekse davalı kocanın evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan olaylarda eşit kusurlu bulunduğu kabulü gerekeceğinden, TMK’nın 174. maddesi uyarınca eşit kusurlu eş yararına maddi ve manevi tazminata hükmedilmesine yasal olanak bulunmamaktadır”.

⁸¹⁷ Günay, s. 65.

⁸¹⁸ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 148.

⁸¹⁹ Bu konuda geniş bilgi için bkz. (Üçüncü Bölüm, §8, III, B).

⁸²⁰ Y2HD.,E. 2010/13714, K. 2011/15057, T. 06.10.2011; “Mahkemece, davalı eşin akıl hastası olması nedeniyle (TMK. m. 165) tarafların boşanmalarına karar verilmiştir. Davalı eşin akıl hastası olması, tazminat talep etmesine ve koşulları varsa lehine tazminata hükmedilmesine engel değildir. Akıl hastalığı, bu hastalığa duçar olanın davranışlarını iradi olmaktan çıkarır”.

⁸²¹ Y2HD.,E. 2014/1478, K. 2014/2353, T. 11.02.2014; “Mahkemece, akıl hastalığı hukuki sebebine dayalı olarak boşanmaya karar verilmiştir. Mahkemenin de kabulünde olduğu üzere, davalı kadın akıl hastalığı sebebiyle ayırt etme gücüne sahip olmadığından, fiillerinden sorumlu tutulamaz ve bunun sonucu olarak davalı kadına kusur atfedilemez”.

⁸²² Y2HD.,E. 2010/23040, K. 2011/21841, T. 12.12.2011; “Dosya daki yazılara kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle, ıslahla dava, akıl hastalığı (TMK.m.165) sebebine dayandırılmış ve mahkemece de bu sebeple tarafların boşanmalarına karar verilmiş olmasına göre, akıl hastası olan davalıya kusur yüklenmesi mümkün bulunmadığından, davacının kendi tazminat talebinin reddine ilişkin hükme yönelik temyiz itirazları bu sebeple yerinde görülmemiştir”.

⁸²³ Y2HD.,E. 2010/13714, K. 2011/15057, T. 06.10.2011; “Mahkemece, davalı eşin akıl hastası olması nedeniyle (TMK. m. 165) tarafların boşanmalarına karar verilmiştir. Davalı eşin akıl hastası olması, tazminat talep etmesine ve koşulları varsa lehine tazminata hükmedilmesine engel değildir. Akıl hastalığı, bu hastalığa duçar olanın davranışlarını iradi olmaktan çıkarır”.

arasındaki bu farklılığı görüş değişikliği olarak değil; kural olarak akıl hastalarının iradi davranmasının mümkün olmadığı, fakat iradi davranıp davranmadığının da incelenmesi gerektiği şeklinde anlamak gerektiği kanaatindeyim. Dolayısı ile bu durumda dikkat edilmesi gereken husus akıl hastalığının iradi davranmayı engelleyip engellemediği⁸²⁴, akıl hastasına vasi atanmasını gerektirecek ağırlıkta olup olmadığıdır⁸²⁵.

Evlilik birliğinin sarsılması nedeniyle açılacak boşanma davaları her ne kadar kusura dayanmayan boşanma davaları olsa da; boşanmanın malî sonuçları bakımından karar verilebilmesi kusur incelemesini zorunlu kılar. Evlilik birliğinin sarsılması nedeniyle açılan boşanma da kusuru daha az olan davalının itiraz hakkı da düşünüldüğünde her dava ayrı ayrı değerlendirilmelidir⁸²⁶. Evlilik birliğinin sarsılmasına kusurlu bir davranışla sebep olunması hâlinde daha kusurlu olan hem davacı hem davalı taraftan maddî tazminat talep edilebilir. Anlaşmalı boşanmada hâkimin “*boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması*” gerektiğinden boşanmanın bütün malî sonuçları hakkında mahkemece yapılan anlaşma esas alınır. Bunun yanında boşanma davasında da kusur incelemesi yapılmaz ve tarafların anlaşması dışında ayrıca maddî tazminata hükmedilemez. Ortak hayatın yeniden kurulamaması sebebine dayalı olarak açılan boşanma davalarında boşanmaya hükmedilmesinde her ne kadar kusur incelemesi yapılmayacak ise de; maddî tazminat istenmesi hususunda yine kusur incelemesi yapılması gerekir⁸²⁷. Tarafların eşit

⁸²⁴ Yağcıoğlu, s. 977.

⁸²⁵ Y2HD.,E. 2014/4305, K. 2014/6331, T. 20.03.2014 “Toplanan delillerden, Gaziantep Üniversitesi Şahinbey Araştırma ve Uygulama Hastanesi Başhekimliği' nin 23.07.2013 tarihli sağlık kurulu raporuna göre, davacı-davalı kocada iki uçlu bozukluk denilen ruhsal hastalığın olduğu, bu hastalığın remisyonda olduğu, şahsa bu haliyle vasi tayini gerekmediği bildirilmiştir. Mahkemece davacı-davalı kocanın ruhsal rahatsızlığının olduğu, bu hususta tedaviye yanaşmadığı ve bu rahatsızlığın etkisiyle eşine fiziksel şiddet uyguladığı, boşanmaya neden olan olaylarda ağır kusurlu olduğu kabul edilmiş ancak kocanın bu eylemlerini rahatsızlığının etkisiyle gerçekleştirdiği belirtilip davalı-davacı kadının maddi ve manevi tazminat talepleri reddedilmiştir. Davacı-davalı kocanın vasi tayinini gerektirecek bir akıl hastalığı veya akıl yayıllığı olmadığına göre mahkemece davacı-davalı kocaya kusur olarak atfedilen davranışların iradi olmadığından söz edilemez. Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan olaylarda ruhsal hastalığı konusunda tedaviye yanaşmayan ve eşine fiziksel şiddet uygulayan davacı-davalı koca, ailesinin eşine fiziksel şiddet uygulamasına sessiz kalan davalı-davacı eşe nazaran ağır kusurlu olup, somut olayda TMK 174/l-2.madde koşulları oluşmuştur. Gerçekleşen bu durum karşısında davalı-davacı kadının maddi ve manevi tazminat taleplerinin kabulü gerekirken yazılı gerekçe ile reddi doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir”.

⁸²⁶ Günay, s. 68.

⁸²⁷ İpek, s. 124; Y2HD., E. 2014/9916, K. 2014/21188, T. 30.10.2014; “Mahkemece; “fiili ayrılıkta ve ortak hayatın yeniden kurulamamasında taraflar eşit kusurlu” kabul edilmiş, buna bağlı olarak davalının maddi ve manevi tazminat istekleri reddedilmiştir. Önceki boşanma davasının 13.09.2007 tarihinde davalı tarafından açıldığı, mahkemece “taraflar arasında boşanmayı gerektirecek ciddiyette ve vahamette bir geçimsizliğin bulunmadığı” gerekçesiyle reddedildiği, kararın derecattan geçerek 23.06.2010 tarihinde kesinleştiği, Türk Medeni Kanununun 166/4. maddesine dayanan işbu davanın ise 23.07.2013 tarihinde koca tarafından açıldığı görülmektedir. Tarafların önceki boşanma davasının reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra bir araya gelmedikleri ortak hayatın yeniden kurulamadığı davalı tarafından da kabul edilmiştir. Davacının, reddedilen ilk davadan sonra 28.06.2008 tarihinde eşinin oturduğu konuta gelerek hakaret ve tehdit ettiği, bu eyleminden dolayı

kusurlu olması hâlinde maddî ve manevî tazminata hükmedilmez⁸²⁸. Burada aranan kusur boşanmaya sebep olan tarafın boşanma gerekçesi olan kusurlu davranışı olduğundan ortak hayatın yeniden kurulamaması nedeniyle açılan boşanma davasında da ortak hayatın yeniden kurulamamasına kusurlu davranışlarıyla sebep olan taraf aleyhine maddî tazminata hükmedilebilir.

Kusura dayanan zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme ile terk nedeniyle boşanma davalarında ise dava konusu olgunun gerçekleşmesi kusurun da varlığını kanıtlar. Bu davalarda boşanmaya karar verilmesi aynı zamanda davalı tarafın kusurlu olduğunun da kabulü anlamına geldiğinden; maddî tazminata karar verilebilecektir⁸²⁹.

3.1.1.2.2.3. Davacının Mevcut veya Beklenen Menfaatinin Zedelenmiş Olması

Eşler arasında menfaat ihlali bir borç ilişkisine aykırı davranış nedeniyle ya da haksız fiil nedeniyle de gerçekleşebilir. Fakat boşanmaya dayalı maddî tazminat talebinin dayandığı sebep tamamen bu alacak haklarından farklıdır⁸³⁰.

TMK'nın 174. maddesinde düzenlenen maddî tazminat tamamen boşanma nedeniyle evliliğin sona ermiş olması dolayısıyla mevcut veya beklenen bir menfaatin zedelenmesine bağlıdır⁸³¹. Burada kastedilen eşin herhangi bir sebebe bağlı olarak zarara uğraması değildir. Örneğin sözleşmeye aykırılık veya haksız fiil gibi bir sebebe dayanarak zarar görmesi hâlinde eşlerin karşı taraftan zararın giderilmesini sağlayacak talepte bulunması mümkün olmakla

ceza mahkemesinde yargılanıp mahkûm olduğu, fiili ayrılık süresi içinde 10.12.2010 tarihinde eşine karşı "akıl hastalığı" sebebine dayanarak boşanma davası açtığı, bilahare bu davadan 07.10.2013 tarihinde feragat ettiği yapılan soruşturma ve toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında, boşanmaya sebep olan fiili ayrılıkta, davacının, davalıya göre daha fazla kusurlu olduğunun kabulü gerekir. Hal böyleyken, ilk davayı açarak birlikte yaşamaktan kaçınmanın dışında bir kusuru bulunmayan davalının, davacıyla aynı oranda kusurlu bulunması ve tazminat isteklerinin buna bağlı olarak reddedilmesi doğru bulunmamıştır".

⁸²⁸ Y2HD.,E. 2015/26395, K. 2017/4021, T. 05.04.2017; "...yapılan yargılama ve toplanan delillerden, davacı- karşı davalı kadının zina eylemine karşılık, davalı-karşı davacı erkeğin de eşine sürekli şiddet uyguladığı anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu duruma göre boşanmaya sebep olan olaylarda, tarafların eşit kusurlu olduklarının kabulü gerekir. Eşit kusurlu eş lehine tazminata hükmedilemez".

⁸²⁹ Ceylan (2006), s. 85; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 148; Günay, s. 67; Oy, s. 15.

⁸³⁰ Arbek, s. 120; Günay, s. 67.

⁸³¹ Arbek, s. 120; Ceylan (2006), s. 78; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.148; Oy, s. 15.

birlikte; bu durum tamamen boşanma nedeniyle tazminat hükmünün kapsamı dışında olup; Borçlar Kanunu'nun konusudur⁸³².

Kanun hükmünde tazminatın kapsamı tam olarak belirlenmemiş “*mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen*” şeklinde ifadeye yer verilmiştir. Dolayısıyla hem zedelenen menfaatin ne olduğu hem de miktarının tespiti boşanma davası içinde kapsamlı olarak hâkim tarafından değerlendirilmesi gereken bir husustur.

Mevcut menfaat eşlerin aile birliği içinde yaşarken sahip oldukları hayat standardıdır. Mevcut menfaatte meydana gelen zarar, evlilik birliği devam etmiş olsa eşler malî olarak hangi durumda olacaktılar, evlilik sonlandığı için hangi durumlar kıyaslamasına göre belirlenir⁸³³. Zedelenen mevcut menfaatler eşlerin sahip oldukları meslekler, yaşadıkları konut, iâşe giderleri, sosyal faaliyetler için yapabildikleri harcamalar eşlerin sahip oldukları malvarlıkları ve bunların aile içinde nasıl idare edildiğine bakılarak belirlenir⁸³⁴. Bunun yanında mevcut menfaatin belirlenmesinde, maddî tazminat talebinde bulunan eşin eğitim düzeyi, yaşı itibarıyla yeniden evlenme olanağı, talebin başka bir yolla karşılanma olasılığı, toplumun genel yapısı ve genel yaşam koşulları da dikkate alınacaktır⁸³⁵.

Beklenen menfaatler ise mevcut menfaatlerden farklı olarak gerçekleşmiş veya gerçekleşmekte olan zararlar değil; gerçekleşmesi muhtemel zararlar olarak nitelendirilir. Muhtemel zararlar ile giderilmesi amaçlanan zararlar, ölüme bağlı tasarrufların sona ermesi,

⁸³² **Arbek**, s. 121, **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, s. 148; **HGK. E. 2013/384, K. 2013/1701, T.25.12.2013**, “*Hukuka aykırı ve kusurlu bir davranış sonucu hakkı ihlal edilenin zararının giderilmesi, menfaatinin denkleştirilmesi hukukun temel ilkesidir. Ancak, Türk Medeni Kanunu'nun 174/1. maddesi, genel tazminat esaslarından ayrılmış ve kendisine özgü kural getirmiştir. Haksız fiil tazminatının temel unsuru olan "gerçek zararın belirlenmesi" koşulu, Aile Hukukunda, Borçlar Hukuku'ndaki düzenlemeden farklıdır. Eşler arasındaki ilişkinin özelliği itibarıyla burada gerçek zararı tam olarak belirlemek zordur*”.

⁸³³ **Arbek**, s. 123, **Ceylan (2006)**, s. 78; **Günay**, s. 80; **Kibar**, s. 660; **Arbek**, s. 123.

⁸³⁴ **Camcı**, s. 88; **YHGK., E. 1992/255, K. 1992/352, T. 27.05.1992**; “*Yasa koyucu her ne kadar belirli koşulların gerçekleşmesi hâlinde mevcut ve muntazar menfaati haleldar olan eşin uğradığı zarar nedeni ile kabahatli eşten maddi tazminat talep etme hakkı bulunduğunu hükme bağlamış ise de, özellikle muntazar menfaatlerin neler olduğunu göstermemiştir. Maddi tazminata esas alınabilecek ve boşanma yüzünden haleldar olduğu ileri sürülen menfaatler, toplumun genel yapısı, ülke ve yaşam gerçekleri göz önüne alınmak suretiyle ve herhâlde evlilik birliğinin sürdüğü dönemde normal koşullar altında bir eşin, diğer eşten yapmasını bekleyebileceği ölçüde makul, ciddi ve sürekli olmalıdır. Yine maddi tazminat miktarı belirlenirken, haleldar olduğu ifade edilen menfaatlerin varlığının kanıtlanması yanında, kabahatsiz eşin eğitim düzeyi, yaşı itibarıyla evlenme şansının kaybetme oranı ve ileri sürülen isteğin başka bir yolla karşılanmasının mümkün olup olmadığının değerlendirilmesinin gerekeceği de kuşkusuzdur. Bu durumda davacıdan, maddi tazminat isteğine dayanarak yaptığı ve boşanma yüzünden halele uğrayacağını ileri sürdüğü mevcut ve muntazar menfaatleri nedeni ile uğrayacağı zarar ile ilgili bilgi alınması ve mevcut delillere göre somut olayın özellikleri gözetilerek yukarıda açıklanan genel çerçeve içerisinde değerlendirme yapılarak gerektiğinde davacı yararına münasip bir maddi tazminata hükmedilmesi icap eder*”.

⁸³⁵ **Camcı**, s. 88; **Ceylan (2006)**, s. 58; **YHGK., E. 1992/255, K. 1992/352, T. 27.05.1992**.

evlilik nedeniyle eğitimin yarıda bırakılması ya da çalışmayı bırakmak gibi elde edilmesi muhtemel menfaatlerin evlilik birliğinin sona ermesinden dolayı elde edilemeyecek olmasıdır⁸³⁶.

3.1.1.2.2.4. Maddî Tazminatın Miktarının Belirlenmesi

Tazminatın miktarını belirlemek için öncelikle mevcut ve beklenen menfaatlerden kaynaklanan zararların neler olduğunun ve oluşan zarar miktarının belirlenmesi gerekir⁸³⁷. Hâkim mevcut ve beklenen menfaatlerin dolayısıyla maddî tazminatın miktarını belirlerken eşlerin boşanmaya sebep olan vakanın gerçekleşmesinde kusur derecelerini, sosyal ve ekonomik durumlarını, gelir elde etme imkânlarını, yatırım yapabilme olanaklarını, mal rejiminin tasfiyesinden kalacak malî birikimlerini, tahmini yaşam sürelerini evliliğin devam süresini, yaşlarını, eşlerin yeni bir evlilik yapma olanaklarını, eğitim düzeylerini, sağlık durumlarını, bakmakla yükümlü oldukları çocuk olup olmadığını dikkate almalıdır⁸³⁸.

Maddî tazminat para olarak belirlenebileceği gibi ayın olarak da belirlenebilir. Ayın olarak belirlenmesi hâlinde eşyanın dava tarihindeki değeri, maddî tazminat isteminin tavan değerini oluşturur⁸³⁹. İstem hâlinde, irat biçiminde ödenmesine karar verilen maddî tazminatın gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini hâkim karara bağlayabilir.

⁸³⁶ Camcı, s. 88; Ceylan (2006), s. 80; Dural/ Ögüz/ Gümü, s. 148; Günay, s. 85; Kibar, s. 660; Köprülü/ Kaneti, s. 193.

⁸³⁷ Günay, s. 90.

⁸³⁸ Ceylan (2006), s. 87; Günay, s. 90; Köprülü/ Kaneti, s. 193; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 300; Y2HD.,E. 2014/1092, K. 2014/2193, T. 10.02.2014; Y.2.H.D., E. 2014/1957, K. 2014/2854, T. 17.02.2014, Gençcan (2020), s. 1110; Oy, s. 16; HGK. E. 2013/384, K. 2013/1701, T.25.12.2013; “Bu özelliği nedeniyle ki, yasa, menfaati zedelenene, uygun bir tazminat verileceğini açıklamıştır. Hâkim, tazminat miktarını takdir ederken, kusurun ağırlığını, tarafların sosyal ve ekonomik durumlarını, evlenme şanslarını, ortalama yaşam sürelerini, yaşam seviyelerini ve geçim koşullarını göz önünde tutarak, makul ve herkesçe kabul edilebilir bir miktar belirlemelidir. ...Kanun, mevcut veya beklenen menfaatin neler olduğunu göstermemiştir. Mevcut menfaatin belirlenmesinde ölçü, genel olarak evlilik birliğinin eşlere sağladığı yararlarıdır. Mevcut menfaate örnek olarak, karı veya kocanın karşılıklı nafaka ve bakım haklarının ortadan kalkması, yasal mal rejiminden doğan hakların kaybedilmesi, kusursuz ya da daha az kusurlu olan tarafın boşanma sonucunda diğerine ait malları ve sermayeyi geri vermesi, ticarethaneyi tasfiyeye mecbur olması gösterilebilir. Buna karşılık, evlenme sırasında yapılan masraflar ile evlenme münasebetiyle verilen hediyeler, maddi tazminat olarak istenemez”.

⁸³⁹ Y2HD.,E. 2012/4021, K. 2012/6577, T. 21.03.2012; “Boşanmanın eki olan maddi ve manevi tazminatı düzenleyen Türk Medeni Kanununun 174. maddesi incelendiğinde; manevi tazminatın sadece para olarak ödenmesi istenebileceği hâlde, maddi tazminat için böyle bir sınırlama bulunmamaktadır. O hâlde maddi tazminatın ayın (eşya) olarak ödenmesinin istenmesine yasal bir engel bulunmamaktadır. Açıklanan şekilde maddi tazminatın ayın olarak istenmesi hâlinde; ayının (eşyanın) dava tarihindeki değeri, maddi tazminat isteminin tavan değerini oluşturur ve ayının değerinden fazlasına hükmedilemez”.

3.1.1.2.2.5. Maddî Tazminat Miktarının Değiştirilmesi veya Kaldırılması

Maddî tazminatın sermaye ya da irat şeklinde ödenmesine karar verilebilir. Sermaye şeklinde ödenmesine karar verilen maddî tazminatın sonradan azaltılması, artırılması ya da tamamen kaldırılması mümkün değildir. Fakat maddî tazminatın irat şeklinde ödenmesine karar verilmesi hâlinde süresiz olarak ödenme yükümlülüğü nedeniyle zaman içerisinde tarafların koşullarında değişiklikler yaşanması olasıdır. Koşulların değişmesine bağlı olarak tazminat miktarının artırılması, azaltılması ya da tamamen kaldırılması mümkün olabilir⁸⁴⁰.

İrat şeklinde ödenmesine hükmedilen maddî tazminat, alacaklı taraf yeniden evlendiğinde ya da hem alacaklı hem de borçlu tarafın ölmesi hâlinde yeniden hüküm kurmaya gerek kalmaksızın kendiliğinden kalkar. Alacaklının evlenmeden fiilen evliymiş gibi yaşaması, haysiyetsiz hayat sürmesi ya da yoksulluğunun ortadan kalkması hâllerinde ise mahkeme kararıyla kaldırılır. Tarafların süreç içinde malî koşullarının değişmesi hâlinde ya da hakkaniyet gerektiriyorsa irat şeklinde belirlenen maddî tazminatın artırılmasına veya azaltılmasına da karar verilebilir⁸⁴¹.

3.1.1.2.3. Manevî Tazminat Talebi Ve Manevî Tazminatın Şartları

Kişi varlığı hakları insan olmak dolayısıyla sahip olunan, para ile ölçülemeyen kişinin hayatı, sağlığı, vücut bütünlüğü, şeref ve haysiyeti, kişinin sırları, ismi, mesleki kimliği, velâyet hakkı gibi haklardır⁸⁴². Kişi varlığı haklarının devredilmesi, vazgeçilmesi, miras bırakılması veya zaman aşımına uğraması mümkün değildir. Kişilik hakları mutlak haklardandır⁸⁴³. Dolayısıyla herkese karşı ileri sürülebilir niteliğe sahiptirler. Fakat boşanma dolayısı ile kişilik haklarının ihlali sadece eş tarafından gerçekleştirilebilir. Boşanma dolayısıyla kişilik haklarının zarara uğraması hâlinde davalı ancak ve ancak ihlal eden eş olabilir. Üçüncü kişilerin davranışları kişilik haklarına saldırı niteliğinde olsa da TMK 174/2 kapsamında değildir. Ancak tazminat talep edilen eş üçüncü kişilerin gerçekleştirdiği eyleme katılmışsa ya

⁸⁴⁰ Ceylan (2006), s. 91; Kılıçoğlu (2004), s. 24.

⁸⁴¹ Y2HD.,E. 2016/6449, K. 2016/9164, T. 05.05.2016; “İrat biçiminde ödenmesine karar verilen maddî tazminat veya nafaka, alacaklı tarafın yeniden evlenmesi ya da taraflardan birinin ölümü hâlinde kendiliğinden kalkar; alacaklı tarafın evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması ya da haysiyetsiz hayat sürmesi hâlinde mahkeme kararıyla kaldırılır”.

⁸⁴² Oğuzman/ Seliçi / Özdemir, s. 268 vd.

⁸⁴³ Oğuzman/ Barlas, s. 158.

da önlemesi mümkün olmasına rağmen önlememişse eşin davranışı manevî tazminat gerektirebilir⁸⁴⁴.

Manevî tazminatta zarar, kişi varlığına yapılan hukuka aykırı davranış ile verilen ıstırap, keder, acı duygusudur. Manevî tazminatın amacı da boşanma nedeniyle kişilik hakları saldırıya uğrayan tarafın uğradığı manevî zararın giderilmesidir⁸⁴⁵. Manevî zararın giderilebilmesi için manevî zarara uğrayan tarafın uğradığı elem ve keder duygusunun verilen tazminat miktarı ile dengeli olması gerekir⁸⁴⁶. Bu dengenin tam olarak sağlanabilmesi çoğunlukla mümkün olmamakla birlikte hâkim takdir yetkisini kullanarak mümkün oldukça bu dengeyi sağlamaya çalışır⁸⁴⁷. Manevî tazminat bu zarar giderilirken amacın dışına çıkılarak zenginleştirme vasıtasına dönüştürülmemelidir. Manevî zararın miktarı belirlenirken de maddî tazminatta olduğu gibi tarafların sosyal ve ekonomik durumları ve boşanma sebebinde kusur dereceleri dikkate alınmalıdır⁸⁴⁸.

Boşanma ile talep edilen tazminatlar evlilik birliğinin sona ermesine bağlıdır. Dolayısı ile manevî tazminata hükmedilebilmesi için her şeyden evvel evlilik birliğinin sona ermesine karar verilmelidir⁸⁴⁹. Ayrıca manevî tazminat istenecek olan tarafın boşanmaya sebep olan davranışlar bakımından kusurlu olması ve manevî tazminat talebinde bulunacak tarafında boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik haklarının ihlal edilmiş olması gerekir⁸⁵⁰.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu boşanma kararının kesinleşmesinden sonra öğrenilen vakıalara dayalı olarak istenecek manevî tazminatın, boşanma davasının ferî niteliğindeki

⁸⁴⁴ Gençcan (2020), s. 1230.

⁸⁴⁵ Ceylan (2006), s. 93; Günay, s. 91; Y2HD., E. 2016/901, K. 2017/7407, T. 13.06.2017.

⁸⁴⁶ Saymen, H. Ferit, Kimler Manevi Tazminat Talep Edebilir, Dergipark Cilt: 6, Sayı:1, Yıl: 1940, s. 128.

⁸⁴⁷ Saymen, s. 128.

⁸⁴⁸ Koçoğlu, s. 400; Kibar, s. 660; Zevkliler/ Havuççu/ Ertas/ Gürpınar, s. 303; Y2HD.,E. 2014/1092, K. 2014/2193, T. 10.02.2014; “Boşanmada manevi tazminatın amacı, boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan tarafın, bozulan ruhsal dengesini telafi etmek, manevi değerlerindeki eksilmeyi karşılamaktır. Onun için, kişilik haklarını ihlal eden fiille, tazminat miktarı arasında makul bir oranın bulunması gerekir. Bir tarafın zenginleşmesine yol açacak sonuçlar doğurur miktarda manevi tazminat takdiri, müesseseyi amacından saptırır. Hâkim, tazminat miktarını saptarken, bir yandan kişilik hakları zedelenen tarafın, ekonomik ve sosyal durumunu ve boşanmada kusuru bulunup bulunmadığını ve varsa kusur derecesini, filin ağırlığını; öbür yandan da, kişilik haklarına saldırıda bulunanın kusur derecesini, ekonomik ve sosyal durumunu göz önünde bulundurmak zorundadır. Açıklanan ilkeler gözetildiğinde davacı kadın yararına takdir edilen manevi tazminat miktarı, ölçülülük ilkesine uygun olmayıp fazla bulunmuştur. Türk Medeni Kanununun 4. maddesinde yer alan hakkaniyet ilkesi gözetilerek daha uygun miktarda tazminat takdiri gerekirken...”

⁸⁴⁹ Ceylan (2006), s. 95.

⁸⁵⁰ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 149; OY, s. 16; Ceylan (2006), s. 95.

manevî tazminat talebine göre değil, TBK'nın genel hükümleri uyarınca haksız fiilden kaynaklanan manevî tazminat istemine ilişkin olduğuna karar vermiştir⁸⁵¹.

3.1.1.2.3.1. Manevî Tazminat İstenen Tarafın Kusurlu Olması

eMK 143/ 2. fıkrası “... boşanmaya sebebiyet vermiş olan hadiseler kabahatsiz karı veya kocanın şahsi menfaatlerini ağır bir surette hâleldar etmiş ise hâkim manevî tazminat namıyla muayyen bir meblağ dahi hükmedebilir” hükmüne yer vermektedir. 4721 sayılı TMK’ da manevî tazminata ilişkin “boşanmaya sebep olan vakalar nedeniyle kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf kusurlu olan diğer taraftan manevî tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir” (174/2) şeklinde değişiklik yapılmıştır. Kanun hükmünde yapılan değişiklik ile “şahsi menfaatlerini ağır bir surette hâleldar etmiş” olma koşulu, “kişilik hakkı saldırıya uğrayan” olarak düzenlenmiş ve ağır ihlal koşulu kaldırılmıştır⁸⁵². Kanun hükümlerinde ki hem eski düzenleme hem bu değişiklik ile manevî tazminat isteyen tarafın kişilik haklarının ihlal edilmesine sebep olan diğer tarafın bu davranışlarında kusurlu olması koşulu aranmaya devam edilmektedir⁸⁵³.

Kural olarak akıl hastalarının kusurlu bir davranış göstermeleri mümkün görünmemektedir. Bunun yanında her akıl hastalığının aynı seviyede ayırt etme kabiliyetini etkilemediği de başka bir gerçektir. Dolayısıyla akıl hastası olmakla birlikte yaptığı davranışların sonucunu kavrayabilen kişilerin davranışlarında kusursuz olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu nedenle özellikle kendisine vasi tayinine gerek duyulmayan akıl hastalarının kusurlu davranabilecekleri ve dolayısıyla kendilerinden maddî ve manevî tazminat talep edilebileceği sonucuna varılmaktadır⁸⁵⁴.

⁸⁵¹ YHGK., E. 2017/2493, K. 2021/108, T. 18.02.2021 “... davacı tarafından ...davalı aleyhine boşanma davası açıldığı, tarafların... boşanmalarına karar verildiği... sonra evlilik birliği içinde dünyaya gelen çocuğun kendisinden olmadığını öğrenerek 01.02.2008 tarihinde davalı ve küçük aleyhine soy bağının reddi talebini ileri sürdüğü, ... yargılama sonucunda davacının küçüğün babası olmadığı tespit edilerek... kesinleştiği anlaşılmaktadır. O hâlde; boşanma kararının kesinleşmesinden sonra varlığı anlaşılan vakıya dayalı olarak açılan davanın, TMK’nın 178 ve 174/2 maddeleri uyarınca boşanma davasının feri niteliğindeki manevi tazminat davası olarak kabulü mümkün olmayıp, dava TBK’nın genel hükümleri uyarınca haksız eylemden kaynaklanan manevi tazminat istemine ilişkindir. Nitekim davacı da haksız fiil nedenine dayalı olarak tazminat talep etmiş olup, tazminat istemini yasal süresi içerisinde ileri sürmüştür. Bu hâlde; mahkemece yapılması gereken iş, boşanmanın feri niteliğinde bulunmayan manevi tazminat istemini genel hükümlere göre asliye hukuk mahkemesi sıfatıyla inceleyerek sonucu uyarınca bir karar vermektir ibarettir”.

⁸⁵² Ceylan (2006), s. 94; Gençcan (2020), s. 1194; Kılıçoğlu (2004), s. 17; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 149.

⁸⁵³ Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 112; Kayıhan/ Ünlütepe, s. 322; Kibar, s. 662; Köprülü/ Kaneti, s. 194.

⁸⁵⁴ Bu konuda geniş bilgi için bkz. (Üçüncü Bölüm, §8, III, B); Y2HD.,E. 2014/4305, K. 2014/6331, T. 20.03.2014.

Dikkate alınması gereken bir diğer husus da kendisinden manevî tazminat talep edilen tarafın yabancı mahkemelerde kusurlu olduğunun tespit edilmesi ve bu mahkeme kararının Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’na göre tanınmasıdır. Yabancı mahkeme ilâmının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi(MÖHUK. Md.58) hâlinde manevî tazminat için temel oluşturacaktır⁸⁵⁵.

Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle kişilik haklarına yapılan müdahâleler hukuka aykırı değildir(md.24/2). Bilinçli olarak kişiliğe yapılan her saldırı hukuka aykırı kabul edilmez. Zarar veren davranışlar hukuka uygun olmaları hâlinde ne maddî ne manevî tazminata konu olmazlar⁸⁵⁶.

3.1.1.2.3.2. Manevî Tazminat İsteyenin Kusursuz veya Daha Az Kusurlu Olması

Manevî tazminat, hakları saldırıya uğraması sonucu kişilik hakları zedelenen tarafın tatmin edilmesine olanak sağlar⁸⁵⁷. Manevî tazminat talebi hâlinde saldırıya uğrayan her ne kadar kişilik hakları ise de bunun giderimi kanundaki ifadesi ile bir miktar para iledir⁸⁵⁸.

Manevî tazminatın düzenlendiği TMK 174/2’nin gerekçesinde manevî tazminat isteyecek tarafın kusursuz olması şartı düzenlemeden çıkarılmıştır⁸⁵⁹. Böylece boşanma sebebinde tamamen kusursuz olan taraf manevî tazminat isteyebileceği gibi daha az kusurlu olan da manevî tazminat isteyebilecektir⁸⁶⁰. Yani manevî tazminat bakımından talepte bulunacak tarafın mutlak anlamda kusursuz olması aranmaz⁸⁶¹. Tazminat isteyen tarafın kusur derecesi ise hâkim tarafından tazminattan indirim sebebi olarak değerlendirilebilir⁸⁶².

Kusur derecesinin eşit olması hâlinde manevî tazminata hükmedilebilmesi hususunda farklı görüşler yer almaktadır. Gençcan’a göre boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan tarafın manevî tazminat talep edilebilmesi için kusursuz veya diğer taraftan daha az kusurlu olması gerekir. Yani kusurun eşit olması hâlinde manevî tazminata

⁸⁵⁵ Gençcan (2020), s. 1181.

⁸⁵⁶ Günay, s. 117.

⁸⁵⁷ Günay, s. 100; Saymen, s. 129.

⁸⁵⁸ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 150.

⁸⁵⁹ Ceylan (2006), s. 100; Gençcan (2020), s. 1183.

⁸⁶⁰ Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 112.

⁸⁶¹ Gençcan (2020), s. 1183.

⁸⁶² Saymen, s. 129.

hükmedilemez görüşündedir⁸⁶³. Ceylan ise “manevî tazminatı düzenleyen genel hüküm olan BK. md.49 hükmünde 3444 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle kusurun özel ağırlığı şartı kaldırıldığından”, “boşanmaya neden olan olaylarda davacının da kusurlu olması hâlinde BK. md. 44 gereği manevî tazminattan indirim yapılması söz konusu olacaktır”. “Yeni düzenleme dikkate alındığında davacı bakımından kusursuzluk şartı kaldırıldığından tarafların eşit kusurlu olmaları manevî tazminata hükmedilmesine engel olmayacaktır” diyerek eşit kusurlu davacı lehine manevî tazminata hükmedilebilmesi gerektiği yönünde görüş belirtmiştir⁸⁶⁴. Yargıtay da bahsi geçen hükümlerdeki değişikliğe rağmen eşit kusur hâlinde manevî tazminata hükmedilemeyeceği hususundaki eski görüşünden dönmemiştir⁸⁶⁵.

3.1.1.2.3.3. Davacının Kişilik Haklarının İhlal Edilmiş Olması

Tarafların sadece boşanmış olmaları ya da boşanmış olmak dolayısıyla duyulan üzüntü tek başına manevî tazminata hükmedilmesine yeterli değildir⁸⁶⁶. Boşanmaya sebep olan kusurlu davranışların kişilik haklarına saldırı niteliğinde de olması da gerekir⁸⁶⁷. Ayrıca kişilik haklarına yapılan saldırı manevî zarara da sebep olmalıdır⁸⁶⁸.

⁸⁶³ Gençcan, (2020), s. 1184; Kayıhan/ Ünlütepe, s. 322.

⁸⁶⁴ Ceylan (2006), s. 100.

⁸⁶⁵ Y2HD., E. 2014/1497, K. 2014/11762, T. 28.05.2014; “Tarafların gerçekleşen kusurlu davranışları dikkate alındığında, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına ve boşanmaya neden olan olaylarda eşit kusurlu olduklarının kabulü gerekmektedir. Boşanma davalarında eşit kusur hâlinde maddi ve manevi tazminata karar verilemez”; Y2HD., E. 2016/16430, K. 2018/5047, T. 16.04.2018; “Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan olaylarda, taraflar eşit kusurludur. Boşanma sebebiyle maddi ve manevi tazminata hükmedilebilmesi için, tazminat talep eden tarafların kusursuz veya diğer tarafa göre daha az kusurlu olması gerekmektedir. Eşit kusurlu eş yararına tazminata hükmedilemez.”; Y2HD., E. 2011/94, K. 2011/2518, T. 16.02.2011; Eşit kusurlu eş yararına manevi tazminat hükmedilemeyeceği gözetilmeden davalı kadın yararına manevi tazminat takdir edilmesi isabetsiz olmuştur”; Y2HD., E. 2019/3720, K. 2019/11512, T. 26.11.2019; Y2HD., E. 2019/6119, K. 2019/12832, T. 26.12.2019.

⁸⁶⁶ Gençcan (2020), s. 1226.

⁸⁶⁷ Gençcan (2020), s. 1226; YHGK., E. 2017/2717, K. 2021/761, T. 15.06.2021; “Boşanma sebebiyle manevi tazminata hükmedilebilmesi için, tazminat talep eden tarafın kusursuz veya az kusurlu olmasının yanında, boşanmaya sebep olan olayların kişilik haklarına saldırı niteliğinde olması da gerekir. (TMK m. 174/2) Boşanmaya sebep olan olaylar bu nitelikte değilse manevi tazminata hükmolunamaz. Terk (TMK m. 164) hukuki sebebine dayalı boşanma davası kabul edildiğine göre, davacı- karşı davalı kadının haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmeme kusuru boşanma sebebi kabul edilmiştir. Tehdit, hakaret mesajlarından sonra erkeğin ikinci kez eve dön ihtarı çektiği de sabittir. Salt boşanmış olmak ya da bunun sebebiyet verdiği üzüntü manevi tazminatı gerektirmez”. Y2HD.,E. 2012/1728, K. 2012/3255, T. 20.02.2012; “... Ancak, manevi tazminat verilebilmesi için kusurluluk yetmez; boşanmaya neden olan olayın manevi tazminat isteyen eşin kişilik haklarına saldırı teşkil etmesi de gereklidir. Terk olayının eşin kişilik haklarına saldırı niteliğinde olduğu kabul edilemeyeceğinden; davacı yararına koşulları oluşmadığı hâlde manevi tazminata hükmedilmesi isabetsiz olmuştur”.

⁸⁶⁸ Ceylan (2006), s. 95; Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 150; Gençcan (2020), s. 1193; Köprülü/ Kaneti, s. 194; Y2HD.,E. 2009/19544, K. 2011/1553, T. 01.02.2011; “Boşanma sebebiyle manevi tazminata hükmedilebilmesi için, kendisinden tazminat talep edilen tarafın boşanmada kusurlu olması yetmez, bunun yanında boşanmaya sebep olan olayların, tazminat isteyen kişilik haklarını zedelemiş olması da zorunludur (TMK.md.174/2). Kesinleşen boşanma kararında boşanma sebebi olarak kabul edilen olaylar, davacı-davalı (kadın)ın kişilik

Kişilik haklarını hangi davranışların ihlal ettiğini sayma yöntemi ile belirlemekte çok zor hatta mümkün değildir. Kusurlu davranışları sınırlı sayıda belirtmek korunmak istenen menfaate de uygun düşmeyecektir. Bunun yanında, aile birliğinden kaynaklanan görevlerini ihmal etmek, ailesinin evlilik birliğine müdahâlesine sessiz kalmak, güven sarsıcı davranışlarda bulunmak⁸⁶⁹, eşini küçümsemek, hakaret etmek, ekonomik şiddet uygulamak⁸⁷⁰, bağımsız konut sağlamamak, eşinin eşyalarını baba evine göndererek birlikte yaşamaktan kaçınmak ve başka biriyle yaşayarak sadakat yükümlülüğüne aykırı davranmak⁸⁷¹, eşinin hastalığı ile ilgilenmemek, eşiyile konuşmamak⁸⁷², toplum içinde azarlamak⁸⁷³, eşini sık sık evden kovmak⁸⁷⁴, eşine fiziksel şiddet uygulamak⁸⁷⁵ kişilik haklarının ihlali niteliğindeki davranışlara örnek olarak sayılabilir.

Hukuk sistemimizde hâkime, kusurlu davranışı tespit etme, bu davranış karşısında uğranılan manevî zararın ölçüsünü ve manevî tazminatın miktarını belirleme hususunda geniş takdir yetkisi verilmiştir⁸⁷⁶. Hâkim takdir yetkisini kullanırken olaya ilişkin bütün özellikleri dikkate almalı ve boşanma sebebinin gerçekleşmesinde tazminat isteyen tarafın kusurlu olup olmadığını da araştırmalı, kusuru var ise tazminattan indirim yapmalıdır⁸⁷⁷.

Manevî tazminatın miktarı belirlenirken özellikle kusurlu davranışın oluşturduğu zarar derecesi, tarafların boşanma öncesinde yaşamış oldukları sosyal çevre, içinde bulundukları ekonomik koşullar, dikkate alınmalı; manevî tazminat, talep eden taraf açısından zenginleşme vasıtası haline dönüşmemelidir⁸⁷⁸.

3.1.1.2.3.4. Manevî Tazminatın Miktarı

Hâkim, tazminatın miktarını özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler. Bunun yanında zarara uğrayan tarafın varsa kusurunu ve kusur derecesini de dikkate alır(BK.

haklarını zedeleyici nitelikte değildir. Bu husus gözetilmeden davacı-davalı (kadın) yararına manevi tazminata hükmolunması doğru bulunmamıştır” . ; Y2HD.,E. 2013/26481, K. 2014/3316, T. 19.02.2014.

⁸⁶⁹ Y2HD., E. 2015/18153, K. 2016/10902, T. 02.06.2016.

⁸⁷⁰ Y2HD., E. 2014/12926, K. 2014/23831, T. 26.11.2014.

⁸⁷¹ Y2HD., E. 2011/6711, K. 2012/4449, T. 01.03.2012; Y2HD., E. 2013/99, K. 2013/3986, T. 18.02.2013.

⁸⁷² Y2HD., E. 2011/18565, K. 2012/15522, T. 07.06.2012.

⁸⁷³ Y2HD., E. 2014/12926, K. 2014/23831, T. 26.11.2014.

⁸⁷⁴ Y2HD., E. 2015/1676, K. 2015/16300, T. 17.09.2015.

⁸⁷⁵ Y2HD., E. 2012/22038, K. 2012/26464, T. 07.11.2012.

⁸⁷⁶ Ceylan (2006), s. 101; Köprülü/ Kaneti, s. 194.

⁸⁷⁷ Kayıhan/ Ünlütepe, s. 322.

⁸⁷⁸ Ceylan (2006), s. 101; Günay, s. 109; Köprülü/ Kaneti, s. 194.

md.51)⁸⁷⁹. Zarar gören, zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir(BK. md.52).

Manevî tazminata sadece hâkimin uygun göreceği bir miktar paranın ödenmesi şeklinde karar verilebilir(md.174/2)⁸⁸⁰. Para dışında herhangi bir manevî zararın giderim biçimi belirlenemez. Aile hukukundan farklı olarak kişilik hakkının zedelenmesi hâlinde Türk Borçlar Kanunu 58/2'ye göre; hâkim manevî tazminat olarak sadece bir miktar paraya değil manevî zararın giderilmesini sağlayacak başka kararlarda verebilir. Özellikle manevî zarara sebep olan saldırının kınanmasına ve mahkeme kararının yayımlanmasına hükmedebilir⁸⁸¹. Fakat borçlar hukuku bakımından geçerli olan bu giderim şekli boşanma hâlinde uygulanmaz.

TMK'nın 176. maddesi 2. fıkrasında da manevî tazminatın ödenme şekline ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre manevî tazminatın maddî tazminattan farklı olarak irat biçiminde ödenmesine karar verilemez; sadece sermaye şeklinde ödenebilir⁸⁸².

Manevî tazminat davası boşanma davası ile birlikte açılabileceği gibi boşanma davasından sonra müstakil bir dava şeklinde açılması da mümkündür⁸⁸³.

3.1.1.2.4. Yoksulluk Nafakası

3.1.1.2.4.1. Yoksulluk Nafakasının Önemi Amacı Ve İşlevi

4721 sayılı TMK'da yoksulluk nafakasına ilişkin düzenlemede yoksulluğun ve yoksulun hukuksal tanımı yapılmamıştır. Yoksulluk ekonomik ve sosyal koşullarla doğrudan ilgili olan ve her ülkede sınırları değişen bir kavramdır. Bu nedenle yoksulluğu her ülkenin

⁸⁷⁹ Günay, s. 110; Y2HD.,E. 2016/24216, K. 2018/10411, T. 02.10.2018; "Hâkim, tazminat miktarını saptarken, bir yandan kişilik hakları 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".

⁸⁸⁰ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 150; Y2HD.,E. 2012/4021, K. 2012/6577, T. 21.03.2012; "Boşanmanın eki olan maddi ve manevi tazminatı düzenleyen Türk Medeni Kanununun 174. maddesi incelendiğinde; manevi tazminatın sadece para olarak ödenmesi istenebileceği hâlde, maddi tazminat için böyle bir sınırlama bulunmamaktadır. O hâlde maddi tazminatın ayın (eşya) olarak ödenmesinin istenmesine yasal bir engel bulunmamaktadır. Açıklanan şekilde maddi tazminatın ayın olarak istenmesi hâlinde; ayının (eşyanın) dava tarihindeki değeri, maddi tazminat isteminin tavan değerini oluşturur ve ayının değerinden fazlasına hükmedilemez".

⁸⁸¹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 150.

⁸⁸² Ceylan (2006), s. 101; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 149; Zevkililer/ Havuçcu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 300.

⁸⁸³ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 149.

kendi ekonomik ve sosyal koşulları dikkate alınarak belirlemek gerekir. Genel olarak yoksulluk düzeyi, bir insanın yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür gibi bireyin maddî varlığını geliştirmek için gerekli ve zorunlu olan harcamaları karşılayabilecek ekonomik güce sahip olmamak şeklinde ifade edilebilir⁸⁸⁴. Belirtilen ekonomik güce sahip olmayan kişiyi de yoksul olarak tanımlamak mümkündür⁸⁸⁵. 743 sayılı Kanunun 1988 tarihli değişikliğinden önce nafaka alacaklısı tarafın “*büyük bir yoksulluğa düşme*”si aranırken değişiklik sonrası sadece “*yoksulluğa düşme*” yeterli görülmüştür⁸⁸⁶. Bu değişiklik 4721 Sayılı TMK'da da aynen korunmuştur. Bir kişinin çalışıyor olması, asgari ücret seviyesinde gelire sahip olması geçimi için yeterli ekonomik güce sahip olduğu anlamına gelmez⁸⁸⁷. Bu durumda dahi diğer koşullarında mevcut olması hâlinde yoksulluk nafakasına karar verilebilir⁸⁸⁸.

Yoksulluk nafakası, evlilik birliğinin kurulması ile eşlerin üstlenmiş oldukları yardımlaşma, dayanışma, eşlerin geçim ve giderlerine katkı sağlama amacının boşanmadan sonra da devamı niteliğindeki malî bir yükümlülüktür⁸⁸⁹. Yoksulluk nafakasının yardımlaşma, dayanışma ve eşlerin geçim ve giderlerine katkı sağlama amacının ötesinde giderek lehine nafakaya hükmedilen eşin geçimini sağlar niteliğe dönüşmesinin hakkaniyete aykırı olduğu ve nafaka müessesesi ile bağdaşmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir⁸⁹⁰.

⁸⁸⁴ **Demirbaş, Ali**, Güncel Tartışmalarla Yoksulluk Nafakası, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. (2), Yıl: 2018, s. 226; **Kibar**, s. 665; **Kocabaş, Gediz**, Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, Sayı 1, 2013, s. 357; **YHGK.,E. 1998/656, K. 1998/688, T. 07.10.1998**.

⁸⁸⁵ **Demirbaş (2018)**, s. 226; **Kibar**, s. 665; **Kocabaş**, s. 357; **Şahin, Mustafa**, Türk – İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları (Tmk M. 175 – Zgb M. 125) . Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21(3), Yıl: 2017, s. 81; **YHGK.,E. 1998/656, K. 1998/688, T. 07.10.1998**

⁸⁸⁶ **Şahin**, s. 81

⁸⁸⁷ **Şahin**, s. 81; **YHGK.,E. 2010/614, K. 2010/597, T. 10.11.2010**; “Hukuk Genel Kurulu'nda yapılan görüşmeler sırasında, asgari ücretle çalışan kadının boşanmakla yoksulluğa düşüp düşmeyeceği konusunda görüş ayrılığı ortaya çıkmış ve çoğunlukça asgari ücret gelirin olması, nafaka takdirine etkili bir husus olarak kabul edilmemiştir. O hâlde, nafaka alacaklısının asgari ücretle çalışıyor olması, tek başına yoksulluk nafakası bağlanmasını olanaksız kılan bir olgu değildir. Aldığı ücret kendisini yoksulluktan kurtarmayacak ve insanca yaşayıp geçim olanağı sağlayamayacak düzeyde olan eş de, diğer koşulları varsa yoksulluk nafakası isteyebilir”.

⁸⁸⁸ **Şahin**, s. 81; **YHGK.,E. 2011/155, K. 2011/278, T. 04.05.2011**; “asgari ücret seviyesinde gelir elde edilmesi yoksulluk nafakası bağlanmasına engel değilse de, bu durumun nafaka miktarının tespitinde esas alınacağı da unutulmamalıdır...Yoksulluk durumu günün ekonomik koşulları ile birlikte, tarafların sosyal ve ekonomik durumları ve yaşam tarzları değerlendirilerek takdir edilmelidir”.

⁸⁸⁹ **Atar**, s. 257; **Ceylan (2006)**, s. 105; **Demirbaş (2018)**, s. 226; **Hamzaçebi**, s. 32; **Kocabaş**, s. 357; **Reyhani Yüksel, Sera**, Yoksulluk Nafakası Ve Süre Sorunu, (2021), Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2, Sayı 2, Yıl: 2021, 485-509, s. 499; **Ersöz, Oğuz**, Yoksulluk Nafakasının Sona Ermesi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı: 12, (2018b) , s. 464.

⁸⁹⁰ **Şahin**, s. 77.

Yoksulluk nafakası sosyal dayanışma ve ahlâki değerler temeline dayanır. Yoksulluk nafakasının amacı, boşanma sonucunda yoksulluğa düşen eşin asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanmasıdır⁸⁹¹. Bu gerçekleştirilirken nafaka yükümlüsünün de içinde bulunduğu ekonomik koşullar değerlendirilerek onun yoksulluğa düşmemesi de amaçlanır⁸⁹². Dolayısıyla yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için nafaka talep eden tarafın boşanma nedeniyle yoksulluğa düşecek olması, bunun yanında nafaka talep edilen tarafın da nafaka ödeyebilecek yeterli ekonomik güçte bulunması gerekir. Sadece nafaka talep eden tarafın yoksulluktan kurtarılması değil; nafaka yükümlüsünün de nafaka ödeyebilecek ekonomik gücünün bulunması⁸⁹³, yoksulluk nafakasının sosyal ve ahlâki düşüncelere dayanmasının gereğidir⁸⁹⁴. Her ne kadar nafaka yükümlüsünün yoksulluk içinde bulunmaması gerekiyorsa da kendi kusurlu davranışlarıyla yoksulluğa düşen eş aleyhine yine de yoksulluk nafakasına hükmedilebilir⁸⁹⁵.

3.1.1.2.4.2. Yoksulluk Nafakasının Alacaklısı

Yoksulluk nafakası boşanma dolayısıyla eşin yoksulluğa düşmüş olmasına bağlanan bir talep hakkı olduğu için boşanan eşlerden hangisi yoksulluğa düşmüş ise onun tarafından yoksulluk nafakası istenebilir⁸⁹⁶. Hem karı hem koca yoksulluğa düşmesi ve yoksulluk nafakasına ilişkin diğer koşulların oluşması hâlinde nafaka talebinde bulunabilir⁸⁹⁷. Ancak daha az kusurlu olan eş nafaka talebinde bulunma hakkına sahiptir⁸⁹⁸.

3.1.1.2.4.3. Yoksulluk Nafakasının Yükümlüsü

Yoksulluk nafakasının yükümlüsü malî gücü yoksulluğa düşmüş eski eşin geçimine katkı sağlayacak kadar iyi olan diğer eştir⁸⁹⁹. Yoksulluk nafakasına hükmedilmesi için karı ya da koca olmanın hiçbir önemi yoktur⁹⁰⁰. Yani hem karı hem kocanın yoksulluğa düşmesi ve

⁸⁹¹ Kocabaş, s. 360.

⁸⁹² Ersöz, (2018b), s. 466; Kocabaş, s. 360; YHGK.,E. 2017/1013, K. 2019/1180, T. 14.11.2019; Reyhani Yüksel, s. 491.

⁸⁹³ Demirbaş (2018), s. 225; Kocabaş, s. 360; YHGK., E. 2017/1013, K. 2019/1180, T. 14.11.2019.

⁸⁹⁴ Demirbaş (2018), s. 226; YHGK.,E. 2017/1013, K. 2019/1180, T. 14.11.2019.

⁸⁹⁵ YHGK.,E. 2017/1013, K. 2019/1180, T. 14.11.2019.

⁸⁹⁶ Camcı, s. 101; Hamzaçebi, s. 33.

⁸⁹⁷ Camcı, s. 101; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 112.

⁸⁹⁸ Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 112.

⁸⁹⁹ Hamzaçebi, s. 34.

⁹⁰⁰ Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 112.

yoksulluk nafakasına ilişkin diğer koşulların oluşması hâlinde nafaka yükümlüsü de olabilir. Nafaka talep edilebilmesi için nafaka yükümlüsü eşin kusurlu olması da gerekmez⁹⁰¹.

3.1.1.2.4.4. Yoksulluk Nafakasının Şartları

Yoksulluk nafakasına ilişkin 743 Sayılı eMK'dan bazı değişiklikler yapılarak günümüze gelinmiştir. İlk olarak “*Kabahatsiz olan karı yahut koca, boşanma neticesi olarak büyük bir yoksulluğa düşerse, diğeri boşanmaya sebebiyet vermemiş olsa dahi kudreti ile mütenasip bir surette bir sene müddetle nafaka ifasına mahkûm edilebilir.*” şeklinde düzenlenmişti. Bu hüküm 1988'de yapılan değişiklikle, “*Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eş, kusuru daha ağır olmamak şartıyla geçimi için diğer eşten malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Ancak, erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için, kadının hali refahta bulunması gerekir.*” şekline dönüşmüştür. Son olarak 4721 sayılı TMK ile “*Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir.*” halini almıştır. Nafakaya ilişkin yapılan bu değişikliklere rağmen düzenleme hakkında çeşitli sebeplerle eleştiriler hâlen güncelliğini kaybetmemektedir.

Yoksulluk nafakasına ilişkin birçok koşul aranmaktadır. Her şeyden evvel yoksulluk nafakasına karar verilmesi evliliğin boşanma ile sona ermesine bağlıdır⁹⁰². Ayrıca yoksulluk nafakası maddî ve manevî tazminatta olduğu gibi talep edilmesine bağlıdır. Yani hâkimin re'sen hükmedeceği bir dava sonucu değildir⁹⁰³. Yoksulluk nafakasına hükmedilmesi için Kanunda aranan koşullardan bir diğeri talepte bulunan eşin boşanma sebebinde kusursuz ya da diğer taraftan daha az kusurlu olması⁹⁰⁴, bir başka koşul nafaka isteyen tarafın yoksulluğa düşmüş olması ve nafaka yükümlüsünün nafaka ödeyebilecek kadar malî güce sahip olmasıdır⁹⁰⁵.

⁹⁰¹ Camcı, s. 101; Ceylan (2006), s. 110; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 112.

⁹⁰² Ceylan (2006), s. 106; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 112; Kocabaş, s. 368.

⁹⁰³ Camcı, s. 101; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 150.

⁹⁰⁴ Demirbaş (2018), s. 225; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 112.

⁹⁰⁵ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 150; Demirbaş (2018), s. 225; Hamzaçebi, s. 34; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 112.

3.1.1.2.4.4.1.Yoksulluk Nafakası Talep Edilmeli

Yoksulluk nafakasına talebe bağılı olarak karar verilir. Hem karı hem koca yoksulluk nafakası talebinde bulunabilir. Hâkim boşanmış eşlerden biri ne kadar yoksulluğa düşmüş olursa olsun talep etmediği sürece re'sen yoksulluk nafakasına hükmedemez⁹⁰⁶. Dolayısıyla talep yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesinin esaslı unsurlarından birini oluşturur⁹⁰⁷. Yoksulluk nafakasına ilişkin talep yoksulluğa düşen tarafça, hem boşanma davası ile birlikte hem de boşanma davasının kesinleşmesinden itibaren geçecek bir yıl içerisinde müstakil bir dava açmak suretiyle yapılabilir⁹⁰⁸. Henüz doğmamış haktan feragat edilemeyeceği için yoksulluk nafakasına ilişkin taleplerden henüz boşanma davası açılmadan feragat edilmesi mümkün değilse de dava açılmasından sonra feragat artık mümkündür⁹⁰⁹.

3.1.1.2.4.4.2. Talepte Bulunan Taraf Daha Az Kusurlu Ya da Kusursuz Olmalı

Yoksulluk nafakası ile boşanmadan sonra yoksulluğa düşen veya düşecek olan tarafı malî bakımdan korumak, yoksulluğu giderecek kadar desteklemek amaçlandığından, bir ceza veya tazminat niteliğinde değildir. Bu nedenle kusursuz eş aleyhine bile yoksulluk nafakasına hükmedilebilir⁹¹⁰.

4721 sayılı TMK'da yoksulluk nafakasına ilişkin düzenlemede hem nafaka alacaklısı hem de nafaka yükümlüsü bakımından kusura dair hükümlere yer verilmiştir. Bu hükümlerde, nafaka talep edecek tarafın kusurunun daha ağır olmaması gerekir⁹¹¹ ve nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz denilmektedir⁹¹². İki hüküm birlikte değerlendirildiğinde daha kusurlu olan fakat yoksulluğa düşmüş olan tarafın yoksulluk nafakası talep etmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılır⁹¹³.

⁹⁰⁶ Atar, s. 257; Ceylan (2006), s. 107; Ersöz, (2018b), s. 468; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 150; Kulaklı, Emrah, Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 5, Sayı 2, Yıl: 2018, s. 244; Kibar, s. 666; Kocabaş, s. 373; Şahin, s. 80; Reyhani Yüksel s. 492.

⁹⁰⁷ Ceylan (2006), s. 107; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.150; Kibar, s. 666.

⁹⁰⁸ Atar, s. 257; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.150.

⁹⁰⁹ Atar, s. 258.

⁹¹⁰ Atar, s. 257; Ersöz, (2018b), s. 466; Yağcı, Kürşad, Yoksulluk Nafakasında “Süreksizlik” Sorunu , İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 76, Sayı: 1, Yıl: 2018, s. 324; Kulaklı, s. 246; YHGK.,E. 2017/1013, K. 2019/1180, T. 14.11.2019.

⁹¹¹ Camcı, s. 103; Ceylan (2006), s. 110; Ersöz (2018b), s. 471; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 112; Kibar, s. 666; Kocabaş, s. 370; Şahin, s. 84; Reyhani Yüksel, s. 495.

⁹¹² Ceylan (2006), s. 110; Doğan (2015), s. 78; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 112; Şahin, s. 84.

⁹¹³ Doğan (2015), s. 78; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 151.

Her ne kadar Kanun hükmünde nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz denilmekte ise de nafaka yükümlüsünün de kusurlu olması hâlinde iki tarafın kusurunun birbirine eşit olduğu ya da nafaka talep edenin kusursuz olduğu hallerde ancak nafaka talep edilebilecektir⁹¹⁴.

Maddî ve manevî tazminat talebi hâlinde tazminat talep edilecek tarafın kusurlu olması gerekirken; yoksulluk nafakasından nafaka talep edilecek tarafın hiç kusuru olmasa dahi nafaka talep edilebilecektir⁹¹⁵.

Kusura dayalı boşanma sebeplerinden birine dayanılarak boşanma davası açılmış ve boşanmaya karar verilmişse; davalı kusura dayalı boşanma sebebinde öngörülen kusurlu davranışı gerçekleştirmiş sayılacağından tam kusurlu kabul edilecektir. Her ne kadar nafaka yükümlüsünün kusuru aranmayacak ise de yoksulluğa düşecek tarafın diğer taraftan kusurunun daha ağır olmaması koşulu sağlanmış olacaktır⁹¹⁶.

Kusura dayalı olmayan boşanma sebeplerinde ise her boşanma sebebinde ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerekecektir⁹¹⁷. Anlaşmalı boşanma da taraflar boşanmanın bütün malî sonuçları hakkında da anlaşmış olmaları gerektiğinden; yoksulluk nafakasına ilişkin da taraflar kusurlu olup olmadıkları değerlendirmesi yapılmaksızın yaptıkları anlaşma ile belirlemede bulunmuş olacaklardır. Kusura dayanmayan akıl hastalığı⁹¹⁸, evlilik birliğinin sarsılması⁹¹⁹ ve evlilik birliğinin tekrar kurulamaması⁹²⁰ hallerinde boşanmaya sebep olan davranışlar bir tarafın kusuruyla gerçekleşmiş ise nafaka talep eden taraf kusursuz olmalıdır. Boşanmaya sebep olan vakialarda iki tarafında kusurlu olması hâlinde ise taraflardan kusuru az olan ya da kusurlarının eşit olduğunun kabul edilmesi hâlinde, yoksulluğa düşen taraf lehine nafakaya hükmedilebilecektir⁹²¹.

⁹¹⁴ Camcı, s. 103; Ceylan (2006), s. 111; Ersöz, (2018b), s. 466; Kulaklı, s. 246; Yağcı, s. 324.

⁹¹⁵ Camcı, s. 103; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 151; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 112; Kulaklı, s. 246.

⁹¹⁶ Gençcan (2020), s. 190.

⁹¹⁷ Bu konuda geniş bilgi için bkz (Üçüncü Bölüm, §8, III, B).

⁹¹⁸ Bu konuda geniş bilgi için bkz (Üçüncü Bölüm, §8, III, B).

⁹¹⁹ Bu konuda geniş bilgi için bkz (Üçüncü Bölüm, §8, III, B).

⁹²⁰ Bu konuda geniş bilgi için bkz (Üçüncü Bölüm, §8, III, B).

⁹²¹ YHGK.,E. 2017/1013, K. 2019/1180, T. 14.11.2019 "...yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için, boşanmaya karar verilmiş olması, nafaka talep eden eşin boşanma yüzünden yoksulluğa düşmüş ya da düşecek olması ve diğer eşe nazaran daha az kusurlu veya eşit kusurlu bulunması ya da boşanmaya neden olan olaylarda tamamen kusursuz olması gerekir".

3.1.1.2.4.4.3. Talepte Bulunan Taraf Yoksulluğa Düşmüş Olmalı

Yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için talepte bulunan tarafın yoksulluğa düşmüş olması gerekir⁹²².

Evliliğin sona ermesiyle her ne kadar eşlerin malî gücünde değişiklikler yaşanacaksa da amaç yoksulluk nafakasıyla oluşan bu farkın giderilmesi, evlilik birliği ile ulaşılan yaşam standardının korunması ya da zenginleşme değildir⁹²³. Nafaka yükümlüsünün malî olanaklarının çok yüksek olmasına rağmen yoksulluk nafakası talep edenin lehine ortalama bir insanın geçimi için gerekli olan miktarın ötesinde yoksulluk nafakası takdir edilmez. Buradaki asıl gaye boşanma nedeniyle yoksulluğa düşen tarafın yoksulluğunu gidermektir. Yoksulluk nafakası ile amaçlanan hiçbir zaman eşin lüks sayılabilecek bir hayat içerisinde yaşamasını temin etmek değildir⁹²⁴.

Yoksulluğa düşme evliliğin sona ermiş olmasından kaynaklanmalıdır. Kanun hükmünde özellikle *'boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf'* ifadesi kullanılarak yoksulluğa düşmenin sebebi başka bir nedene dayanması hâlinde yoksulluk nafakasının istenemeyeceği anlaşılmaktadır⁹²⁵. Dolayısıyla boşanma gerçekleşmiş olsa dahi boşanma dışındaki sebeplerle yoksulluğa düşen eş lehine yoksulluk nafakasına hükmedilemez⁹²⁶. Örneğin yoksulluğa düşen tarafın kendi savurgan yaşam tarzı nedeniyle yoksulluğa düşmüş olması, mal varlığını iyi yönetememiş olması veya çalışma imkânı olmasına rağmen çalışmaktan imtina etmesi hallerinde kendi kusurlu davranışı ile yoksulluğa düşmüş olan tarafın bunun sonuçlarını eski eşine yüklemesi adil ve vicdani olmayacaktır. Bunun yanında nafaka talebinde bulunan tarafın annesi, babası, kardeşleri gibi başka kişilerin geçimlerini de fiilen üstlenmiş olması nedeniyle düştüğü yoksulluk hali nafaka sebebi olamaz. Ayrıca evlilik süresince zaten yoksul bir yaşam sürmüş eşlerin boşanma dolayısıyla yoksulluk nafakası talep etmesi mümkün olmaz⁹²⁷.

⁹²² Atar, s. 257; Doğan (2015), s. 78; Kocabaş, s. 375; Reyhani Yüksel, s. 495.

⁹²³ Y2HD.,E. 2012/15803, K. 2013/7026, T. 15.03.2013; "Türk Medeni Kanununun 175. maddesinde yer alan yoksulluk nafakasının özünde ahlaki değerler ve sosyal dayanışma düşüncesi yatar. Bu nafakanın amacı, nafaka alacaklısını zenginleştirmek değildir. Bu nafaka ile nafaka alacaklısının evlilik birliğinde yakaladığı yaşam standardını koruması değil, boşanma sonucu yoksulluğa düşen eşin, asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanması düşünülmüştür".

⁹²⁴ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 152.

⁹²⁵ Ersöz, (2018b), s. 471; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.151; Şahin, s. 81.

⁹²⁶ Ceylan (2006), s. 109; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.151.

⁹²⁷ Camcı, s. 103;

Nafaka hakkı ve miktarı sadece kendi mal varlıkları ve gelirleri ile kendi geçimini sağlayıp sağlayamayacağı ölçüsüne göre takdir edilecektir. Talepte bulunan tarafın yoksulluğa düşüp düşmediği değerlendirmesi yapılırken ve nafaka miktarı belirlenirken yoksulluğa düşecek tarafın ekonomik ve sosyal durumu da dikkate alınmalıdır⁹²⁸. Bu nedenle boşanma sonucunda nafaka talep eden tarafın malvarlıkları, gelirleri, diğer taraftan almış olduğu maddî tazminat, manevî tazminat ayrıca mal paylaşımından elde edeceği diğer malî değerler⁹²⁹ bunun yanında kendisine miras payı düşmüş olması veya sigorta tazminatı alması gibi boşanma dışındaki gelişmelerde yoksulluğun hesaplanmasında ve ödenecek yoksulluk nafakasının miktarında dikkate alınır. Hâkim yoksulluk nafakasına ve nafakanın miktarına karar verirken tarafların hüküm tarihindeki durumlarını dikkate alacaktır⁹³⁰.

3.1.1.2.4.4.4. Yoksulluk Nafakası Yükümlüsünün Malî Gücü Nafaka Ödemeye Yeterli Olmalı

Yoksulluk nafakasının yukarıda da belirttiğimiz gibi boşanma nedeni ile yoksulluğa düşecek eşin geçimini temin etmek amacıyla destekte bulunulması olduğuna göre; nafaka ödemekle yükümlü olacak tarafın bu miktarı karşılayacak malî güce sahip olması gerekir⁹³¹. Şayet nafaka yükümlüsü olacak tarafın nafaka ödeyebilecek malî gücü yok ise diğer koşullar mevcut olsa dahi yoksulluğa düşen taraf lehine yoksulluk nafakasına hükmedilemez⁹³².

Boşanmanın malî sonuçlarından biri olan yoksulluk nafakası eMK'da da her iki eşe yoksulluk nafakası talep hakkı verilmekle birlikte; erkeğin yoksulluk nafakası talebi kadının “*hali refahta*” yani refah seviyede malî gücü bulunmasına bağlanmıştır. Sadece kadın için geçerli olan bu koşul 1988 yılında yapılan değişiklikle kaldırılmıştır⁹³³. Yoksulluk nafakasına ilişkin Kanun hükmünde “*diğer tarafın malî gücü oranında*” nafaka talep edileceği

⁹²⁸ Camcı, s. 105;

⁹²⁹ Y2HD.,E. 2012/8164, K. 2012/8164, T. 19.02.2013; Tarafların gerçekleşen ekonomik ve sosyal durumlarına paranın satın alma gücüne ve yoksulluk nafakasının amacına ve niteliğine göre, davacı-davalı (kadın)'ın mevcut geliri de gözetildiğinde lehine takdir edilen aylık irat şeklindeki yoksulluk nafakası fazla bulunmuştur. Evliliği süresince alıştığı yaşam seviyesini kaybedecek olmasının “mevcut menfaatin” ihlali olup, bu kayıp maddî tazminatla karşılandığına göre bu husus tek başına yoksulluk nafakası miktarının yüksek tutulmasını gerektirmez. Bu yön gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.

⁹³⁰ Ataay, Aytekin Mithat, Aile Hukuku İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararları (1961-1964), Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı: 3, Yıl: 1968, s. 139.

⁹³¹ Camcı, s. 105; Kocabaş, s. 371; Kulaklı, s. 249; Reyhani Yüksel, s. 497.

⁹³² Ceylan (2006), s. 106; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 152; Hamzaçebi, s. 34; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 112; Kocabaş, s. 371.

⁹³³ Kılıçoğlu (2004), s. 20; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 112.

belirtilmektedir. Bu hükümden anlaşılması gereken nafaka yükümlüsü olacak tarafın malî gücünün ne kadar fazla olursa o kadar yüksek miktarda yoksulluk nafakasına hükmedileceği değildir. Tam aksine burada bir üst sınır söz konusudur ve bu üst sınır yoksulluğa düşecek olanın geçimini temin edecek miktardır. “... *diğer tarafın malî gücü oranında*” ifadesinin anlamı nafaka yükümlüsünün malî gücünün nafaka alacaklısının yoksulluğunu giderecek kadar olmaması hâlinde kendini gösterir. Böyle bir hâlde amaç nafaka alacaklısının yoksulluğu tam olarak giderilemese de nafaka yükümlüsünün malî gücü oranında katkı sağlamasıdır. Aksi takdirde nafaka alacaklısının yoksulluğu giderilirken, nafaka yükümlüsü yoksulluğa sürüklenmiş olacaktır⁹³⁴. Nafaka yükümlüsü olacak tarafın malî gücü hesaplanırken öncelikle kendi geçimi ve geçiminden sorumlu olduğu diğer kimselerin giderleri de dikkate alınmak zorundadır⁹³⁵.

Tarafların yoksulluk nafakasının miktarı ve ödeme şekli hususunda aralarında anlaşmalarına hukuki bir engel yoktur⁹³⁶. Fakat özellikle nafaka yükümlüsü olan eşin ekonomik hayatını sona erdirecek derecede kişi haklarının ihlali niteliğindeki anlaşmalar bunun yanı sıra Kanunun emredici hükümlerine ve ahlâka aykırı anlaşmalar hâkim tarafından geçersiz kabul edilmelidir⁹³⁷.

3.1.1.2.4.5. Yoksulluk Nafakasında Görevli ve Yetkili Mahkeme

Yoksulluk nafakası boşanma davası ile talep edilebileceği gibi boşanma davası kararının kesinleşmesinden itibaren bir yıl içerisinde de talep edilebilir⁹³⁸. Nafaka talebinin boşanma davası ile mi yoksa ayrı müstakil bir dava ile mi talep edildiğine göre yetkili mahkeme değişecektir⁹³⁹. Boşanma davası ile birlikte talep edilmesi hâlinde; yetkili mahkeme, eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir. Boşanmadan sonra açılacak nafaka davaları ile nafakanın artırılması, azaltılması ya da kaldırılmasına ilişkin davalarda nafaka alacaklısının yerleşim yeri yetkili mahkemedir⁹⁴⁰.

⁹³⁴ Camcı, s. 101; Ceylan (2006), s. 106; Reyhani Yüksel, s. 497; YHGK.,E. 2017/1013, K. 2019/1180, T. 14.11.2019.

⁹³⁵ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 152.

⁹³⁶ Ceylan (2006), s. 111.

⁹³⁷ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 152.

⁹³⁸ Ceylan (2006), s. 125; Kılıçoğlu (2004), s. 20; Kibar, s. 668.

⁹³⁹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.152.

⁹⁴⁰ Ceylan (2006), s. 124.

Görevli mahkeme ise yoksulluk nafakası ister boşanma davası ile birlikte ister sonradan açılacak dava ile talep edilsin aile mahkemesi görevlidir. Yoksulluk nafakasının artırılması, azaltılması ya da kaldırılmasına ilişkin davalarda da görevli mahkeme aile mahkemesidir⁹⁴¹.

3.1.1.2.4.6. Yoksulluk Nafakasının Süresi

eMK'da Yoksulluk nafakasının ödenme süresine ilişkin bir yıllık süre öngörülüyordu. Bu süre 3444 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile süre sınırı kaldırılmıştır⁹⁴². 4721 Sayılı TMK'da da yoksulluk nafakasının süresiz olması esasî hâlen devam etmektedir. Yoksulluk nafakasının süresiz hâle getirilmiş olması kanunî düzenlemenin yürürlüğe girmesinden bu yana tartışılmış ve hâlen tartışmalar güncelliğini korumaktadır⁹⁴³. Genel görüş süresiz nafakanın kaldırılması yönündedir⁹⁴⁴.

AYM' ne yapılan "süresizlik" ifadesinin iptali istemi, AYM'since "*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. (...) İtiraz konusu kuralda, boşanma sebebiyle yoksulluğa düşen eşi korumak için diğer eşin, koşulları bulunduğu sürece, herhangi bir süre sınırı olmaksızın yoksulluk nafakası vermesi düzenlenmiş olup bu yükümlülüğün sosyal hukuk devleti ilkesinin gereği olarak getirildiği kuşkusuzdur*" denilerek reddedilmiştir⁹⁴⁵. Yargıtay da kararlarında nafaka miktarının azaltılmasının mümkün olduğu fakat süre ile sınırlandırılmasının mümkün olmadığını belirtmektedir⁹⁴⁶.

Hâkimin yoksulluk nafakasının süresini belirleme hususunda takdir hakkı bulunup bulunmadığı da tartışma konusudur. Bir görüşe göre, Kanunda her ne kadar nafakanın süresiz olarak istenebileceği yönünde ifadeye yer verilmişse de bu eşe hitaben bir ifade olup hâkimi bağlamaz dolayısıyla hâkim bu taleple bağlı olmayıp nafakayı süre ile sınırlandırabilir⁹⁴⁷. Bir görüşe göre ise, yoksulluğun belirli bir süre sonra ortadan kalkması kesin ise hâkim bu süreye

⁹⁴¹ Ceylan (2006), s. 124; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 152; Kılıçoğlu (2004), s. 20.

⁹⁴² Camcı, s. 107; Hamzaçebi, s. 35; Yağcı, s. 327.

⁹⁴³ Yağcı, s. 325; Reyhani Yüksel, s. 504.

⁹⁴⁴ Demirbaş (2018), s. 230.

⁹⁴⁵ Yağcı, s. 332.

⁹⁴⁶ Y2HD.,E. 2011/4815, K. 2012/1922, T. 01.02.2012; "Yoksulluk nafakasının belli süre ile sınırlandırılacağına dair bir hüküm yoktur. Mahkemece boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek kadına üç yıllık süre ile yoksulluk nafakası takdiri usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir".

⁹⁴⁷ Kulaklı, s. 254; Yağcı, s. 340.

göre nafaka süresini belirleyebilir. Bunun dışında hâkimin takdir yetkisi yoktur. Bir başka görüşe göre de, Kanunda zaten nafakanın kaldırılmasına ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir dolayısıyla nafakanın bir süre ile sınırlandırılmasına gerek yoktur⁹⁴⁸.

Kanaatimce de sürenin belirlenmesi hususunda Kanunun açık ifadesi karşısında hâkimin takdir yetkisi yoktur. Fakat Kanunda yapılacak düzenleme ile tarafların evlilik içinde üstlendikleri role, evlilik birliği içinde ki sosyal ve ekonomik yaşam koşulları vb. her evlilik birliğinde değişiklik gösterebilecek koşulların dikkate alınması suretiyle sürenin azami sınırı kısaltılarak süresiz olarak nafaka düzenlemesi kaldırılmalıdır. Nafaka süresi önceki düzenlemelerde olduğu gibi bir yıl veya evlilik birliğinin süresi ile sınırlandırılabilir. Ayrıca belirlenecek azami sınırlar içinde sürenin belirlenmesi hususunda da hâkime takdir yetkisi tanınmalıdır.

3.1.1.2.4.7. Yoksulluk Nafakasının Peşin veya İrat Biçiminde Ödenmesi

Yoksulluk nafakası toptan yani sermaye şeklinde ya da irad şeklinde ödenebilir⁹⁴⁹. Yoksulluk nafakasının ödenme biçimi hususunda tarafların anlaşması mümkündür⁹⁵⁰. Fakat yapmış oldukları anlaşma ancak hâkim onayı ile geçerlilik kazanır⁹⁵¹. Tarafların anlaşamamış olması hâlinde yoksulluk nafakasının ödenme biçimini tarafların ekonomik ve sosyal durumları ile hakkaniyet ilkesi dikkate alınarak hâkim tarafından belirlenecektir⁹⁵².

3.1.1.2.4.8. Yoksulluk Nafakasının Değiştirilmesi ve Sona Ermesi

Yoksulluk nafakasını ister taraflar anlaşarak belirlemiş olsunlar, isterse miktarı hâkim tarafından takdir edilmiş olsun sonradan değişen koşullar karşısında değiştirilmesini veya tamamen kaldırılmasını istemek mümkündür⁹⁵³. Yoksulluk nafakasına hükmolunmasına sebep

⁹⁴⁸ Yağcı, s. 340.

⁹⁴⁹ Camcı, s. 106; Demirbaş (2018), s. 226; Doğan (2015), s. 81; Hamzaçebi, s. 36; Kulaklı, s. 250; Kılıçoğlu (2004), s. 20; Yağcı, s. 324; Reyhani Yüksel, s. 499.

⁹⁵⁰ Ceylan (2006), s. 117; Kılıçoğlu (2004), s. 20.

⁹⁵¹ Ceylan (2006), s. 117.

⁹⁵² Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.153; Kılıçoğlu (2004), s. 20; Y2HD.,E. 1998/3820, K. 1998/6007, T. 15.05.1998 “yoksulluk nafakasının toptan veya durumun gereklerine göre irad şeklinde ödenmesine karar verebileceğini öngörmüştür. Bunun takdiri hâkime aittir. Hâkim toptan yoksulluk nafakasına hükmederken, tarafların sosyal ve ekonomik durumlarını çalışma koşullarını, kadının yaşını, evlenme şansını ortalama yaşam süresini, paranın peşin sermaye değerini Medeni Kanunun 4.maddesindeki hakkaniyet kuralı verilecek paranın kadının yoksulluktan kurtarma amacını taşıdığını da dikkate almak zorundadır”.

⁹⁵³ Ersöz, (2018b), s. 477; Kulaklı, s. 250; Reyhani Yüksel, s. 499

olan koşulların ortadan kalkması, ya da nafaka alacaklısı ya da borçlusunun ekonomik gücünün önemli derecede değişmesi hâlinde nafaka miktarında değişikliğe gidilebilir ya da tamamen kaldırılabilir⁹⁵⁴. Yoksulluk nafakasına karar verilirken olduğu gibi, nafakanın indirilmesine veya kaldırılmasına karar verilirken de günün ekonomik koşulları ile tarafların sosyal ve ekonomik durumları ve yaşam tarzları birlikte dikkate alınmalıdır. Nafaka alacaklısının nafaka borçlusuna nispetle daha iyi ekonomik düzeye ve olanaklara sahip olması hâlinde yoksulluk nafakasını devam ettirmek nafaka borçlusu yönünden mevcut yoksulluk hâlini daha ziyade arttırmak, pekiştirmek gibi haksız ve ayrımcı bir sonucun doğmasına sebep olacaktır. Dolayısıyla bu durumda yoksulluk nafakasının kaldırılmasına karar verilmesi en adil çözüm olacaktır. Yoksulluk nafakasının kaldırılmasına ya da indirilmesine nafaka alacaklısının yoksulluğunun ortadan kalkıp kalmadığı, nafaka yükümlüsünün ödeme gücü tarafların ekonomik ve sosyal durumlarına göre tespit edilerek karar verilir. Nafaka yükümlüsünün kendi kusuru olmadan kendisi yoksulluk yaşadığı ya da nafaka ödediği takdirde yoksulluğa düşecek olması hâlinde, yoksulluk nafakasının kaldırılmasına değil de azaltılarak devamına karar verilmesi dahi gerçek anlamda mağduriyetine neden olacak ve cezalandırılması sonucunu doğuracaktır⁹⁵⁵.

Yoksulluk nafakasının sermaye şeklinde ödenmesine karar verilmesi hâlinde değiştirilmesi artık mümkün değildir. Yoksulluk nafakasının değiştirilmesi ya da sona ermesi

⁹⁵⁴ **Demirbaş (2018)**, s. 226; **Hamzaçebi**, s. 37; **Kılıçoğlu (2004)**, s. 24; **YHGK.,E. 1998/656, K. 1998/688, T. 07.10.1998**; “Sözleşme veya hüküm ile kendisine maddi tazminat veya nafaka olarak bir irad tahsis edilmiş eşin yoksulluğunun zail olması, haysiyetsiz hayat sürmesi, bir evlenme akdi olmadan fiilen karı koca gibi yaşaması, yeniden evlenmesi veya eşlerden birinin ölmesi hâlinde, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça bu irad kesilir. ...İrad şeklinde maddi tazminat ya da nafakayı gerektiren sebep ortadan kalkar ya da önemli ölçüde azalır veya borçlusunun mali gücü önemli ölçüde eksilirse iradın indirilmesine veya kaldırılmasına, karar verilebileceği gibi değişen durumlara göre ve hakkaniyet gerektiriyorsa iradın arttırılması da istenebilir”.

⁹⁵⁵ **YHGK.,E. 2017/1013, K. 2019/1180, T. 14.11.2019**; “...tanık beyanları ve tarafların sosyal ve ekonomik durumları dikkate alındığında davalı kadının asgari ücret aldığı, bir işe girip elde ettiği gelirin kendisini yoksulluktan kurtaracak düzeyde olmamakla birlikte, davacının nafaka ödeyebilecek ekonomik gücünün bulunmadığı, boşanma nedeniyle bunalıma girip çalışamamasının davacı erkeğin kusurundan kaynaklanmadığı, tanık beyanına göre davacı erkeğin geliri bulunmadığından nafakanın ailesi tarafından ödendiği anlaşılmaktadır. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 31.12.1976 tarihli ve 1976/9370 E. - 13138 K. sayılı kararında da belirtildiği gibi hâkim, insana, tabiata, gerçeğe, olağana sırt çevirmeden ve katı kalıplar içinde sıkışıp kalmadan uyumsuzluğa insan kokusu taşıyan bir çözüm getirmek zorunluluğundadır. Tarafların eldeki davada tespit edilen mali durumlarından davacının çalışmadığı, geçiminin ailesi tarafından karşılandığı, davalının ise sigortalı bir işte çalıştığı ve asgari ücret seviyesinde gelirin bulunduğu görülmektedir. Bu durumda da, nafakanın kaldırılması hakkaniyete, yoksulluk nafakasının temelinde yatan sosyal ve ahlaki fikre uygun düşecektir. O hâlde, dava tarihinden itibaren asgari ücret düzeyinde düzenli işi ve geliri bulunan davalıya bağlanan yoksulluk nafakasının azaltılarak dâhi olsa devamına karar verilmesinin, davacıyı yoksulluğa düşürüp gerçek anlamda mağduriyetine neden olacağı gerekçesiyle yoksulluk nafakasının kaldırılmasına hükmeden yerel mahkeme direnme kararında bir isabetsizlik bulunmamaktadır”.

ancak irad şeklinde karara bağlanması hâlinde mümkündür⁹⁵⁶. TMK 176/5’de de yoksulluk nafakasının irad şeklinde belirlenmesi hâlinde geleceğe dönük olarak ne miktarda ödeneceği hususunda mahkeme kararında bir belirlemede bulunabileceği de hüküm altına alınmıştır⁹⁵⁷.

TMK 176/4’e göre hâkim istem hâlinde irad biçiminde ödenmesine karar verilen nafakanın gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir. Yoksulluk nafakasının artırılması ve azaltılması ya da tamamen kaldırılması hususunda ise ancak talep olursa mahkeme karar verebilecektir⁹⁵⁸. Hâkimin re’sen karar vermesi mümkün değildir⁹⁵⁹.

Yoksulluk nafakasının sona erme halleri; nafaka alacaklısının ya da nafaka borçlusunun ölmesi, nafaka alacaklısının evlenmesi, nafaka alacaklısının evli olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması veya haysiyetsiz hayat sürmesi ya da yoksulluğun ortadan kalkması olarak sayılmıştır⁹⁶⁰. Kanun maddesinde sayılan bu hükümlerden yoksulluk nafakasının sona ermesi bazı hallerde kendiliğinden bazı hallerde ise ancak mahkeme kararı ile gerçekleşebileceği anlaşılmaktadır⁹⁶¹.

Nafaka alacaklısının evlenmesi yoksulluk nafakasını kendiliğinden sona erdirirken nafaka borçlusunun tekrar evlenmesi kural olarak nafaka yükümlülüğünü sona erdirmez. Fakat yoksulluk nafakasına karar verilirken göz önünde bulundurulması gereken nafaka yükümlüsünün malî gücü burada tekrar dikkate alınması gerektiğinden; eğer yeni evlilik dolayısı ile malî gücü olumsuz manada değişir ise bu durumda da nafaka yükümlülüğünün indirilmesi veya tamamen kaldırılması yönünde karar verilebilir⁹⁶².

⁹⁵⁶ Camcı, s. 112; Ersöz (2018b), s. 477; Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 153; Kılıçoğlu (2004), s. 24; Reyhani Yüksel, s. 500.

⁹⁵⁷ Dural/ Öğüz/ Gümüş, s.154; Yağcı, s. 325.

⁹⁵⁸ Ceylan (2006), s. 121; Reyhani Yüksel, s. 500.

⁹⁵⁹ Camcı, s. 109; Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 153.

⁹⁶⁰ Camcı, s. 111; Ersöz (2018b), s. 477; Demirbaş (2018), s. 226; Dural/ Öğüz/ Gümüş, s.155; Hamzaçebi, s. 35; Yağcı, s. 325; Y2HD.,E. 2019/6499, K. 2019/10715, T. 24.10.2019 “4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun “Tazminat ve nafakanın ödenme biçimi” başlıklı 176. maddesinin üçüncü fıkrasında; irat biçiminde ödenmesine karar verilen maddî tazminat veya nafakanın, alacaklı tarafın yeniden evlenmesi, ya da taraflardan birinin ölümü hâlinde kendiliğinden kalkacağı, alacaklı tarafın evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması, yoksulluğun ortadan kalkması, ya da haysiyetsiz hayat sürmesi hâlinde mahkeme kararıyla kaldırılacağı hükmü yer almıştır. Ortada yoksulluk nafakasının kaldırılması koşulları varken yoksulluk nafakasına hükmetmek yasanın amacına uygun değildir”.

⁹⁶¹ Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 155.

⁹⁶² Kulaklı, s. 250.

Kişisel haklar kişiyle var olup kişiyle sona erer. Yani varlıkları o kişinin hayatta olmasına bağlıdır⁹⁶³. Nafaka alacağı da kişisel bir hak olduğu için hem nafaka alacaklısının hem nafaka borçlusunun ölmesi hâlinde nafaka alacağı kendiliğinden sona ermiş olacaktır⁹⁶⁴.

İrat şeklinde belirlenmiş nafakanın vadesinin gelmesinden sonra alacaklı ya da borçlunun ölmesi bu borcun varlığına etki etmeyecektir⁹⁶⁵. Yani doğmuş olan nafaka alacağı veya maddî tazminat alacağı alacaklının ölmesi hâlinde alacaklının mirasçıları tarafından hem nafaka borçlusundan hem de nafaka borçlusunun mirasçılarından talep edilebilecektir⁹⁶⁶.

Nafaka alacağının vadesi gelmesinden sonra nafaka borçlusunun ölmesi hâlinde de hem nafaka alacaklısı hem de onun yasal mirasçıları tarafından nafaka alacağı nafaka borçlusunun mirasçılarından talep edilebilecektir. Kısaca muaccel olmuş olan nafaka ve maddî tazminat alacakları açısından ölümün bir etkisi olmayacaktır⁹⁶⁷.

Nafaka alacaklısının evli olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması, haysiyetsiz hayat sürmesi⁹⁶⁸ ya da yoksulluğunun ortadan kalkması⁹⁶⁹ hallerinde nafaka borçlusu mahkemeye başvurarak nafakanın kaldırılmasına karar verilmesini talep edebilir⁹⁷⁰. Evli olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması haysiyetsiz hayat sürmesi ya da yoksulluğunun ortadan kalkması hallerinde hâkim takdir hakkına sahip olmayıp; yoksulluk nafakasının kaldırılmasına hükmetmek zorundadır⁹⁷¹.

⁹⁶³ Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir, s. 168.

⁹⁶⁴ Camcı (2006), s. 111; Ceylan (2006), s. 119; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 155; Ersöz (2018b), s. 477.

⁹⁶⁵ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 156.

⁹⁶⁶ Ceylan (2006), s. 119; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 156.

⁹⁶⁷ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 156.

⁹⁶⁸ Ceylan (2006), s. 119; Ersöz, (2018b), s. 477; Yağcı, s. 325; Reyhani Yüksel, s. 501; Y2HD.,E. 2020/1980, K. 2020/3397, T. 29.06.2020 “Nafaka alacaklısının, evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması, yoksulluk nafakasının kaldırılması sebebidir (TMK m.176/2). Bu düzenlemeye göre, yoksulluk nafakasının kaldırılması için, aynen evlilik gibi ortak bir hayat kurularak, fiilen birlikte yaşamak gerektiği açıkça belirtilmiştir”.

⁹⁶⁹ Ceylan (2006), s. 119; Ersöz, (2018b), s. 477; Yağcı, s. 325; Reyhani Yüksel, s. 501; YHGK.,E. 2017/1009, K. 2019/1179, T. 14.11.2019; “TMK’nun 176/4. maddesine göre: “Tarafların mali durumlarının değişmesi veya hakkaniyetin gerektirdiği hallerde iradın artırılması veya azaltılmasına karar verilebilir”. “Aynı şekilde 176/3. maddesi uyarınca; irat biçiminde ödenmesine karar verilen maddi tazminat veya nafaka, alacaklı tarafın yeniden evlenmesi ya da taraflardan birinin ölümü hâlinde kendiliğinden kalkar; alacaklı tarafın evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması ya da haysiyetsiz hayat sürmesi hâlinde mahkeme kararıyla kaldırılır”.

⁹⁷⁰ Demirbaş (2018), s. 226; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 155; Ersöz, (2018b), s. 477; Yağcı, s. 325; Reyhani Yüksel, s. 501.

⁹⁷¹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 155.

Kanaatimce nafaka alacağını sona erdirecek olan nafaka alacaklısının evlenmesi, hem nafaka alacaklısı hem nafaka borçlusunun ölmesi, nafaka alacaklısının evli olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması veya haysiyetsiz hayat sürmesi ya da yoksulluğun ortadan kalkması ne zaman gerçekleşeceği belirli olmayan hallerdir. Nafaka yükümlüsü olan kişi bir kere evlenmişse boşanma sebebinde aynı derecede kusurlu olduğu diğer eşe ölene kadar bakmakla yükümlü hâle gelmektedir. Toplumumuzun genel yapısı itibariyle bayanların erkeklere oranla daha az çalıştıkları bilinmekle birlikte; bu durum günümüzde yavaş yavaş değişmektedir. Boşanma sonrasında yoksul konumda olan birinin bir süre malî yönden desteklenmesi gerekebilir. Fakat yoksul duruma düşmüş kişiye destek sağlanırken diğer eşin malî hayatı ipotek altına alınmamalıdır. Bu desteğin zaman olarak bir sınırı olmalıdır. Bu hâlde evliliğin devam süresi, bu kişinin çalışma kabiliyeti, ekonomik açıdan hayatını idame ettirebilecek geliri elde edebilmesi için geçebilecek makul süre gibi ölçütlerden istifade edilebilir. Zaman sınırı konulmadığı takdirde kişiye boşanmış olduğu bir kimseye karşı, tıpkı ana babası, kardeşi gibi yakın hısımlarında olduğu gibi bir nafaka desteği sunulması, hem boşanan kişinin ekonomik özgürlüğünü makul olmayan şekilde sınırlamakta hem de nafakadan yararlanan kişiyi malî sorumluluklarını başkasına yüklemeye özendirmekte ve çalışmamaya itmektedir. Yoksulluk nafakasının süresiz olarak eski eşe yükleniyor olması, insanları giderek evlilik birliği kurmaktan uzaklaştırmakta ve maalesef evlilik dışı yaşamaya teşvik etmektedir. Öte yandan yoksulluk nafakası ihtiyacının olduğu durumlarda, esas itibariyle sosyal devlet olmanın bir gereği olarak, devlet desteğinin muhtaç olan kişiye sunulması gerekir. Devlete ait bir vazifenin, sınırsız bir süreyle boşanan eşe yüklenmesi, hukuken isabetli değildir.

3.1.1.2.4.9. Yoksulluk Nafakası Talebinin Zamanaşımına Uğraması

Eski Kanunda tazminat ve nafaka taleplerine ilişkin herhangi bir zaman sınırlaması getirilmemişti. Bu nedenle boşanan tarafların yıllar geçse de tazminat ve nafaka talepleri ile dava açmaları mümkündü. 721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda boşanan tarafların yıllar sonra boşanmadan doğan hak talepleriyle karşı karşıya kalmasını engellemek için “*Evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar*”(TMK md. 178) hükmüne yer verilmiştir. Böylece boşanma davasından sonra açılan boşanma davaları hak düşürücü süre ile sınırlandırılmıştır. Yoksulluk nafakası boşanma davası ile birlikte istenebileceği gibi boşanma davasından sonra

da istenebilir⁹⁷². Boşanmaya bağlı dava hakları için öngörülen zaman aşımı boşanma davasından sonra açılacak davalar için geçerli olmak kaydıyla boşanma hükmünün kesinleşmesinden itibaren bir yıldır⁹⁷³. Süresinin geçmesinden sonra açılacak nafaka taleplerine ilişkin zaman aşımı hâkim tarafından re'sen dikkate alınmaz. Nafaka talep edilen tarafın zamanaşımı def'inde bulunması gerekir⁹⁷⁴. İrad şeklinde belirlenmiş nafaka için daha sonradan koşulların değişmesi nedeniyle, yoksulluk nafakasının artırılması, azaltılması ya da tamamen kaldırılmasına ilişkin talepler ise bu hak düşürücü süre kapsamı dışındadır⁹⁷⁵.

3.1.1.2.5. Mal Rejiminin Tasfiyesi

Boşanmanın eşler yönünden malî sonuçlarından biri de eşler arasında yasal olarak belirlenmiş veya sözleşmeyle kabul edilmiş mal rejiminin tasfiye edilmesidir⁹⁷⁶. Mal rejiminin tasfiyesi eşler arasındaki mal rejimi hükümlerine göre yapılır. Boşanma kararı ile eşler arasındaki yasal mal rejimi de sona erer. Eşler boşanma ile tabi oldukları mal rejimi hükümleri çerçevesinde evlenmeden önce ve evlenme süresince edindikleri mal varlıklarının paylaşılması, karşılıklı iadesi, varsa borçların ödenmesi veya kendi alacaklarından indirimine tabi tutulması suretiyle aralarında kurulmuş olan mal varlığı ilişkisini de sonlandırırlar⁹⁷⁷.

Boşanmaya ilişkin maddî tazminat, manevî tazminat, yoksulluk nafakası ve çocuklar için takdir edilecek iştirak nafakasına karar verilebilmesi için eşlerin malî güçlerinin belirlenmesi kaçınılmazdır. Eşlerin gerçek malî gücünün belirlenebilmesi de ancak mal rejiminin tasfiyesi ve tasfiye sonucunda katılma alacaklısı olan eşin ve katılma alacağı miktarının belirlenmesini zorunlu kılmaktadır⁹⁷⁸.

⁹⁷² Kılıçoğlu (2004), s. 20; Şahin, s. 82.

⁹⁷³ Ceylan (2006), s. 125; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 156; Şahin, s. 82; Reyhani Yüksel, s. 502.

⁹⁷⁴ YHGK.,E. 2013/1597, K. 2015/1165, T. 08.04.2015; "...Zamanaşımına uğrayan alacağın tahsili hususunda Devlet kendi gücünü kullanmaktan vazgeçmekte, böylece söz konusu alacağın ödenip ödenmemesi keyfiyeti borçlunun iradesine bırakılmaktadır. Şu hâlde zamanaşımına uğrayan alacak ortadan kalkmamakla beraber, artık doğal bir borç (Obligatio naturalis) haline gelmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, alacağın salt zamanaşımına uğramış olması, onun eksik bir borca dönüşmesi için yeterli değildir; bunun için borçlunun, kendisine karşı açılmış olan alacak davasında alacaklıya yönelik bir def'ide bulunması gerekir... 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 175. maddesi uyarınca boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek olan taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilecektir. Ancak bu istem, aynı Kanun'un 178. maddesi hükmü gereği olarak boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacaktır... (TBK m. 161) açık hükmü karşısında zamanaşımı ileri sürülmez ise hâkimin, zamanaşımı süresinin dolduğunu kendiliğinden nazara almasına imkân bulunmamaktadır".

⁹⁷⁵ Kılıçoğlu (2004), s. 20.

⁹⁷⁶ Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 298.

⁹⁷⁷ Gümüş, s. 389.

⁹⁷⁸ Gümüş, s. 391.

TMK’da düzenlenmiş olan mal rejimleri; mal ayrılığı rejimi, paylaşmalı mal ayrılığı rejimi, mal ortaklığı rejimi ve edinilmîş mallara katılma rejimidir. Eşlere mal rejimini belirleme konusunda tanınan seçme hakkı çerçevesinde kanunda belirlenen bir mal rejimini seçebilirler. Mal rejimi sözleşmesiyle eşler kendileri bir mal rejimi seçmedikleri takdirde edinilmiş mallara katılma rejimini seçmiş sayılırlar⁹⁷⁹.

Evlenecek kişiler mal rejimi sözleşmesini evlenmeden önce veya evlilik devam ettiği sürece yapabilir. Eşler mal rejiminin seçilmesi, kaldırılması veya değiştirilmesi hususunda kanunda yazılı sınırlar içinde kalmak zorundadır. Ayırt etme gücüne sahip olmayanlar mal rejimi sözleşmesi yapamazlar⁹⁸⁰, küçükler ve kısıtlılar da ancak yasal temsilcilerinin rızasını almak suretiyle mal rejimi sözleşmesi yapabilirler.

Mal rejiminin ya kanunda öngörülen rejime ya da taraflarca sözleşme ile belirlenen rejime uyması kuraldır. Fakat olağanüstü mal rejimi uygulaması ile tek yanlı başvuru ve hâkim kararı ile diğerinin isteği dışında bir rejimin de belirlenebildiği görülmektedir. Haklı bir sebep varsa hâkim, eşlerden birinin talebi ile eşlerin kabul edip uyguladıkları mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesine karar verebilir. Kanun hükmünde örnek mahiyetinde haklı sebepler de sayılmıştır. Buna göre; *“diğer eşe ait malvarlığının borca batık veya ortaklıktaki payının haczedilmiş olması, diğer eşin, istemde bulunanın veya ortaklığın menfaatlerini tehlikeye düşürmüş olması, diğer eşin ortaklığın malları üzerinde bir tasarruf işleminin yapılması için gereken rızasını haklı bir sebep olmadan esirgemesi, diğer eşin istemde bulunan eşe malvarlığı, geliri, borçları veya ortaklık malları hakkında bilgi vermekten kaçınması, diğer eşin sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olması”* halleri haklı sebepler olarak sayılmıştır(md.206/2). Ayrıca eşlerden birinin ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun olması hâlinde, onun yasal temsilcisi de bu sebebe dayanarak mal ayrılığına karar verilmesini talep edebilir.

Eşlerin mal ayrılığı rejimine geçişini gerektiren sebebin ortadan kalkması hâlinde eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, eski mal rejimine dönülmesine karar verebilir (TMK md.208/2).

“Mal rejiminin tasfiyesinde eşlerin bağlı olduğu rejime ilişkin hükümler uygulanır” (md.179). Buna göre eşler hangi mal rejimini benimsemişler ise mal rejiminin tasfiyesinde de

⁹⁷⁹ Koçoğlu, s. 395.

⁹⁸⁰ Yağcıoğlu, s. 941.

bu mal rejimine ilişkin hükümler uygulanacaktır. TMK'daki düzenlemelere göre; edinilmiş mallara katılma rejimi “*mahkemece evliliğin boşanma sebebiyle sona erdirilmesine veya mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi hâllerinde, dava tarihinden geçerli olmak üzere sona erer*”(md.225/2). Paylaşmalı mal ayrılığının uygulanması hâlinde “*Mahkemece evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesine veya mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi hâllerinde de, mal rejimi dava tarihinden geçerli olmak üzere sona erer*” (md.247/2). Mal ortaklığı rejimi de yine mahkemece evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesine veya mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi hâllerinde, mal rejimi dava tarihinden geçerli olmak üzere sona erer(md.271/2).

Yukarıda sayılan mal rejimlerinde paylaşma esası varken; mal ayrılığı rejiminde eşlerden her biri, yasal sınırlar içerisinde kendi malvarlığı üzerinde yönetim, yararlanma ve tasarruf haklarını korur(md.242). Yani eşlerin mal varlıkları üzerinde evlenmeden önce sahip oldukları; yararlanma yönetme kısaca tasarrufta bulunma yetkilerinde ve mülkiyet haklarında hiçbir değişiklik söz konusu olmaz. Dolayısıyla mal ayrılığı prensibini kabul eden eşlerin boşanması hâlinde tasfiyesi gereken bir mal varlığı da söz konusu olmayacaktır.

Sonuç olarak boşanma hâlinde eşlerin sahip oldukları mal rejiminin tasfiyesi eşler anlaşma ile bir mal rejimi belirlemişler ise bu mal rejimine göre; eğer aralarında bir mal rejimi anlaşması yok ise bu durumda yasal mal rejimi olan ‘edinilmiş mallara katılma rejimi’ hükümleri çerçevesinde tasfiye yapılacaktır⁹⁸¹.

3.1.2. Boşanma Kararının Çocuklar Bakımından Sonuçları

Eşlerin birbirlerine karşı evlenme ile doğan hakları ve yükümlülükleri boşanma kararı ile sona ermektedir. Çocuklar bakımından ise eşler boşanmış olsalar hatta çocukların velâyeti kendilerine verilmese dahi çocuklar üzerindeki hakları ve yükümlülükleri büyük oranda devam etmektedir⁹⁸². Boşanmanın çocuklar bakımından sonuçları, çocuğun velâyeti, velâyet kendisine verilmeyen anne ya da baba ile çocuk arasında ki kişisel ilişkinin düzenlenmesi, üçüncü kişilerle çocuk arasında ki kişisel ilişkinin düzenlenmesi ve çocuk için iştirak nafakasının belirlenmesidir. Hâkim bu konularda çocuğun üstün yararını dikkate alarak karar

⁹⁸¹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 138

⁹⁸² Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 142

verir. Tarafların bu konularda anlaşma yapması hâlinde hâkim bu anlaşma ile bağlı değildir; anlaşmanın geçerliliği hâkimin onayına bağlıdır⁹⁸³.

3.1.2.1. Boşanmanın Çocuklar Bakımından Kişisel Sonuçları

3.1.2.1.1. Çocuğun Velâyeti

Velâyetin hukuki anlamı, anne babaya, küçük çocukları ve kısıtlanmış çocuklarının şahıslarının ve mal varlıklarının korunması gözetilmesi ve temsil edilmesi hususunda verilen hak ve yükümlülüklerdir⁹⁸⁴.

Velâyet hem sevgi, şefkat ve aile bağlılığı hem de çocuğun geçim ve eğitimi ile malî öneme sahiptir. Çocuğun anne ve babasından hangisinin yanında daha iyi eğitim ve terbiye alacağı hem çocuk, hem anne ve baba hem de toplum için önemlidir. Anne ve babalar çoğunlukla çocuklarının daha eğitilmiş, sosyal ve psikolojik olarak daha iyi yetişmiş bir fert olarak toplumda yer almasını isteseler de bunun gözetilmeden karşı tarafa acı vermek veya malî olanakları sınırlamak gibi velâyetin amacına tamamen aykırı hislerle hareket ettikleri de görülebilmektedir⁹⁸⁵. Hâkim velâyet konusunda karar verirken çocuğun üstün yararlarına öncelik tanınmalıdır⁹⁸⁶.

Velâyet, reşit olmayan ya da reşit olmakla birlikte kısıtlanmış çocuklarının bakım ve gözetimi konusunda ana-babaya verilen hak ve yükümlülüklerden oluşur⁹⁸⁷. Velâyet reşit olmayan ya da kısıtlanmış çocuğun bakımı ve eğitimi, kanunî temsili, malvarlığının yönetilmesi ve menfaatlerinin korunmasının hukuki temelini oluşturur. Velâyet önceleri ana babanın çocukları üzerindeki hâkimiyet hakkı olarak görülürken günümüzde hem yükümlülük hem de

⁹⁸³ Grassinger, s. 236

⁹⁸⁴ **Ruhi, Ahmet Cemal**, Yabancı Ülke Mahkemelerinden Alınan Velâyet Konusundaki İlâmların Türkiye'de Tenfizi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VII, Yıl: 2003, Sayı 3-4, s. 721; **Ercoşkun Şenol, Hatice Kübra**, Türk Hukukunda Boşanma Hâlinde Ortak Velâyet Hükmedilip Hükmedilemeyeceği Sorunu, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 2, Yıl:2021, s. 756; **Çörtoğlu Koca**, s. 211; **Kurt, Leyla Müjde**, Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velâyet, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 2, Yıl: 2018, 157 – 186, s. 158;

⁹⁸⁵ **Velidedeoğlu**, s. 266.

⁹⁸⁶ **Birinci Uzun, Tuba**, Türk Medenî Kanunu'na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli, Hacettepe HFD, 6(1) Yıl: 2016, 135-166, s. 56; **Çelebi, Özgün**, Cinsiyet Eşitliği Ve Çocuğun Üstün Yararının Kesişim Noktası Olarak Boşanmada Velâyetin Düzenlenmesi, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt 79, Sayı: 1, Sayı: 2021, s. 30.

⁹⁸⁷ **İnce, Nurten**, Karşılaştırmalı Hukukta Ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı:34, Yıl:2018, s. 190.

bir hak olarak algılanmaktadır. Velâyet, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliğindedir. Bu nedenle başkasına devredilemez, miras yoluyla geçmez, vazgeçilemez ve feragat da edilemez⁹⁸⁸. Velâyet hak ve yetkisinin amacı çocuğun kendi haklarını koruyabileceği duruma gelene kadar korunması ve bağımsızlığını kazanmasının sağlanması olduğundan süreli bir niteliğe sahiptir. Velâyet her ne kadar anne ve babaya verilen hak olarak nitelendirilse de, kullanılırken gözetilen anne ve babanın yararı değil çocuğun yararadır⁹⁸⁹.

Bunun yanında anne ve babanın velâyet görevini yerine getirebilecek vasıflardan yoksun olması ya da çocuğun menfaatlerini gözetmemesi veya çocukla ilgilenmemesi gibi koşulların varlığı hâlinde velâyet hakkının kullanılmasının kısmen veya tamamen üçüncü kişilere bırakılması mümkündür⁹⁹⁰.

Çocukla anne baba arasındaki hak ve yükümlülükler boşanma kararı öncesinde Kanunun belirlediği çerçevede kendiliğinden gerçekleşir iken; boşanma kararından sonra hâkimin re'sen karar vermesi ile vuku bulacaktır.

Velâyet, çocukların doğumu ile kendiliğinden herhangi bir işlem yapmadan anne ve baba tarafından kullanılırken⁹⁹¹ evlatlık ilişkisinde evlatlık bağının kurulmasıyla biyolojik anne ve babadan evlat edinen anne ve babaya geçer⁹⁹².

Velâyetin kullanılması bakımından anne ve baba eşit hak ve yetkiye sahiptir⁹⁹³. Velâyetin evlilik birliği devam ederken ve sona ermesi hâlinde düzenlenmesinde farklılıklar olduğu görülmektedir⁹⁹⁴. Evlilik eşlerden birinin ölümü ile sona erdiğinde velâyet sağ kalan eş tarafından kullanılır⁹⁹⁵.

Boşanma olmamakla birlikte ayrılığa karar verilmiş ise yine velâyetin kime ait olacağına hâkim karar verebilir. Yine boşanma davasının devamı süresince de velâyet taraflardan birine hâkim tarafından bırakılabilir. Boşanma kararı verilmiş ve velâyet kendisine verilen eş ölmüş

⁹⁸⁸ **Dönmez, Ünsal/ Barın, Taylan**, Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 35, Yıl:2018, s. 182; **İnce**, s. 190

⁹⁸⁹ **Dönmez/ Barın**, s. 179

⁹⁹⁰ **AYM. E. 2010/119, K. 2011/165, T. 08.12.2011.**

⁹⁹¹ **Dönmez/ Barın**, s. 183

⁹⁹² **Ruhi**, s. 723.

⁹⁹³ **Dönmez/ Barın**, s. 183.

⁹⁹⁴ **Çelebi** s. 22

⁹⁹⁵ **Ercoşkun Şenol**, s. 756; **Ruhi (2003)**, s. 724.

ise bu hâlde velâyet yetkisi kendiliğinden sağ kalan eşe geçmez. Ancak mahkeme kararı ile çocuğun menfaatleri de dikkate alınarak sağ kalana verilebilir ya da çocuğa vasi atanır⁹⁹⁶.

Evliliğin boşanma ile sona ermesi hâlinde velâyet hâkim tarafından çocuğun bırakıldığı tarafça kullanılır⁹⁹⁷. Velâyetin anne ve baba tarafından birlikte kullanılıp kullanılamaması, özellikle diğer ülkelerde velâyetin hem anne hem babaya birlikte verilmesi yönünde düzenlemelerinde etkisi ile güncel bir tartışma konusu haline gelmiştir⁹⁹⁸. Birlikte velâyet ile ifade edilen, anne ve babanın eşit olarak, aynı zamanda ve velâyet yetkisinin bölünmeden kullanılmasıdır⁹⁹⁹. Doktrinde çocuğun velâyetinin anne- babadan sadece birine bırakılması gerektiğini kabul edenler olduğu gibi; hem anne hem de babaya birlikte verilebileceği görüşünde olanlarda vardır¹⁰⁰⁰. Bu görüşe göre çocuğun üstün yararı velâyetin anne ve babaya birlikte verilmesini gerektirmektedir ve dolayısıyla her ikisine birlikte velâyet verilebilmelidir¹⁰⁰¹. Bu görüşe göre velâyetin kaldırılmasını gerektiren hallerin varlığı hâlinde birlikte velâyete hükmedilmemelidir. Velâyetin boşanmadan sonra eşler tarafından birlikte kullanılabilmesi doktrinde tartışılmakla birlikte özellikle Yargıtay'ın yabancılik unsuru gösteren boşanmalar dolayısı ile tanıma ve tenfiz başvurularının yapıldığı yabancı mahkeme kararları ile ilgili süreç içinde farklı görüşler ortaya koyduğu görülmektedir¹⁰⁰².

Her ülke mahkemelerinin verdikleri kararlar kural olarak sadece kendi ülkesinde bağlayıcıdır. “Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâmların Türkiye’de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır” (MÖHUK md. 50). Bu hüküm gereği başka bir ülkede verilen kararların Türk hukuku bakımından etkilerini doğurması için kararın tanınması ve tenfizi gerekir¹⁰⁰³. Tanıma ve tenfiz kararını verecek hâkime yabancı mahkeme

⁹⁹⁶ **Ruhi (2003)**, s. 724.

⁹⁹⁷ **Dönmez/ Barın**, s. 183; **Kurt**, s. 157.

⁹⁹⁸ **Erlüle, Fulya**, Alman, Avusturya Ve İsviçre Medeni Kanunlarında Yapılan Revizyonlar Ve Boşanmadan Sonra Birlikte Velayetin Kural Hali Gelmesi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 2, Yıl: 2021, s. 445; **Kurt**, s. 157.

⁹⁹⁹ **Apaydın, Eylem**, Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1, Yıl: 2018, s. 447.

¹⁰⁰⁰ **Apaydın**, s. 445; **Ercoskun Şenol**, s. 756; **Erlüle (2021)**, s. 566; **İnce**, s. 220; **Kurt**, s. 167; **Birinci Uzun**, s. 52.

¹⁰⁰¹ **Ercoskun Şenol**, s. 756; **Birinci Uzun**, s. 52; **Çelebi**, s. 30, **İnce**, s. 220.

¹⁰⁰² **Ercoskun Şenol**, s. 756.

¹⁰⁰³ **Eksi**, s. 40; **Ansay, Tuğrul**, Yabancı Boşanma İlamlarının Türkiye’de Tanınmasına İlişkin İlk Görüşler, Milletlerarası Hukuk Ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 2, Sayı: 2, Yıl:1982, s. 2; **Ruhi (2003)**, s. 730; **Huysal/ Süzen**, s. 1213

kararının Türk kamu düzenine aykırılığı bakımından inceleme yetkisi vermiştir¹⁰⁰⁴. Bir ülkenin temel hukuk kurallarına, temel ahlâk kurallarına aykırı olan ve temel hak ve özgürlükler ile ilgili olan kararların kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilmektedir. Fakat temel hak ve özgürlüklerle ilgili her kararın da kamu düzenine aykırı olmayabileceği, somut olaya göre değerlendirme yapılması gerektiği kabul edilmektedir. Kamu düzenine aykırı kabul edilen kararlar tanıma ve tenfiz kapsamı dışında tutulmaktadır¹⁰⁰⁵.

Velâyet hakkı evlilik birliği devam ettiği sürece hem anne hem de baba tarafından birlikte kullanılır¹⁰⁰⁶. Tanıma ve tenfizi istenen yabancı mahkeme kararlarının açıkça kamu düzenine aykırı olmaması gerektiği¹⁰⁰⁷ anne ve babaya birlikte velâyetin verilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle Yargıtay yabancı mahkemelerce velâyetin anne ve babaya birlikte verildiği mahkeme kararının tenfizi ile her ikisine birden velâyetin kullandırılmayacağı yönünde karar vermiştir¹⁰⁰⁸.

Yargıtay daha sonraki bir kararında kamu düzenine aykırılığın kapsamı hakkında başka bir görüş ortaya koymuş ve velâyetin ortak kullanılmasının Türk kamu düzenine aykırı

¹⁰⁰⁴ **Nomer, Ergin**, Rızai Boşanma Ve Kamu Düzeni, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 4, Sayı: 2, Yıl: 1984, s. 96

¹⁰⁰⁵ **Gürzumar**, s. 22; **Y2HD.,E. 2003/2818, K. 2003/3889, T. 20.03.2003**

¹⁰⁰⁶ **Aras (2011)**, s. 304; **Birinci Uzun**, s. 52; **Ceylan (2006)**, s. 153; **Çelebi**, s. 30; **İnce**, s. 190; **Kurt**, s. 157; **Yücel, Yeliz**, Türk Medeni Hukukunda Boşanma Hâlinde Velayet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması Ve Çocuğun Soyadı, *Onikilevha*, İstanbul, 1. Baskı, Yıl: 2018, s. 69; **Y2HD.,E. 2004/9168, K. 2004/10346, T. 21.09.2004**; “4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 335/1. maddesinde *ergin olmayan çocuğun, ana ve babasının velayeti altında olduğu, yasal sebep olmadıkça velayetin ana ve babadan alınamayacağı belirtilmiştir. 336. maddesinde de "evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanılır. Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse hâkim, velayeti eşlerden birine verebilir. Velayet, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir"* hükmü mevcuttur. Ana ve baba evli değilse 337. madde hükmü uyarınca velayet anaya aittir. Ancak ana küçük, kısıtlı ve ölmüş ya da velayet kendisinden alınmışsa hâkim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velayeti babaya verir”.

¹⁰⁰⁷ **Gürzumar**, s. 30.

¹⁰⁰⁸ **Apaydın**, s. 448; **Y2HD.,E. 2003/2818, K. 2003/3889, T. 20.03.2003** “2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 40. maddesi; yabancı mahkeme ilamının kısmen veya tamamen tenfizine karar verilebileceğini hükme bağlamıştır... Evlilik devam ettiği sürece ana baba velayeti birlikte kullanılır. Boşanma veya ayrılığa karar verilmesi hâlinde hâkim, velayeti eşlerden birine vermesi gerekmektedir. (MK.m.336) Velayet düzenlemesi kamu düzeni ile ilgilidir. Yabancı mahkemenin çocukların velayetini anne babaya bırakması Türk Medeni Kanununa aykırıdır. (MÖHUH. m. 38/c) Gerçekleşen bu durum karşısında ilamın velayete ait kısmı hakkındaki tenfiz isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır”.

olmadığını belirtmiştir.¹⁰⁰⁹ Hem doktrinde tartışılan hem de Yargıtay'ın farklı tarihlerde ki farklı kararları konunun açık bir şekilde Kanunî bir düzenleme ihtiyacını göstermektedir¹⁰¹⁰.

Boşanan eşler ile çocuklar arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi kendiliğinden gerçekleşmez, hâkimin boşanma kararında bu hususlara ilişkin hüküm vermesi gerekir¹⁰¹¹. Fakat boşanma hâlinde eşler arasındaki ilişkilerden farklı olarak çocuklar hakkında her hususu hâkimin re'sen dikkate alıp karar vermesi gerekir.¹⁰¹²

Çocuğun kişisel ve malî hakları konusunda eşlerin anlaşması mümkündür¹⁰¹³. Eşlerin anlaşamaması ya da anlaşmanın hâkimce uygun bulunmaması hâlinde boşanmanın çocukların kişisel ve malî hakları bakımından sonuçları hâkimin re'sen vereceği karar ile meydana gelir. Hâkim anne ve babanın anlaşması ile bağlı değildir¹⁰¹⁴. Anlaşmalı boşanma hâlinde dahi eşler boşanmanın malî sonuçları ve çocukların durumuna ilişkin anlaşmış olmaları gerekiyor ise de hâkim tarafların ve çocukların menfaatini gözeterek anlaşma üzerinde değişiklik yapma yetkisine sahiptir¹⁰¹⁵. Taraflarca anlaşılammış olması ya da hâkimin anlaşmayı onaylamaması hâlinde zaten anlaşmalı boşanma gerçekleşmeyecektir.

¹⁰⁰⁹ Apaydın, s. 449; Ercoşkun Şenol, s. 760; Erlüle (2021), s. 570; Kurt, s. 157; Y2HD.,E. 2016/15771, K. 2017/1737, T. 20.02.2017 "Türk hukukunda kamu düzeni (ordre public, amme intizamı) yabancı hukukun tatbikini önleyen istisnâî bir göreve sahiptir. Kanunlar ihtilâfî kaidelerimizce yetkilendirilen yabancı hukuk ülkenin kamu düzenine "açıkça" aykırılık teşkil etmemesi şartıyla tatbik olunma imkânına sahiptir(MÖHUK m.5). Şu hâlde, kamu düzeni bizim için kanunlar ihtilâfî hukukuna ait tek taraflı bir "bağlanma kaidesi" değildir. Aksine kanunlar ihtilâfî kaidemizin gösterdiği yabancı hukuk nizamının tatbiki prensibinin bir istisnasıdır... Esasa uygulanan hukukun Türk Hukukunda farklı olması ya da Türk Hukukunun emredici kurallarına aykırı olması gibi nedenlerle yabancı kararın tenfizi reddedilemez. Burada esas alınması gereken kıtas, yabancı ilamın Türk Hukukunda bir veya birden çok kanun hükümlerine aykırı bulunmasından çok, Türk Hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine siyasi ve ekonomik rejimine bakmak olmalıdır" (10.02.2012 tarih ve 2010/1 E, 2012/1 K.sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı)... Yukarıda değinilen iç hukukumuz ve kamu düzeni kavramı ile ilgili açıklamalara göre somut olay değerlendirildiğinde "ortak velayet" düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine "açıkça" aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir... O hâlde mahkemece, MÖHUK m. 17/1 gereğince, İngiliz vatandaşı olan tarafların müşterek milli hukuklarındaki velayete ilişkin düzenlemeler dikkate alınarak, işin esasına girilip tüm deliller birlikte değerlendirilerek "ortak velayet" istemine ilişkin davayla ilgili bir karar vermek gerekirken, istemin Türk kamu düzenine aykırı olduğu belirtilmek suretiyle, yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir".

¹⁰¹⁰ Ercoşkun Şenol, s. 762; Erlüle (2021), s. 571; Kurt, s. 158.

¹⁰¹¹ Aras (2011), s. 303; Ruhi (2003), s. 724.

¹⁰¹² Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 143.

¹⁰¹³ Aras (2011), s. 305; Ceylan (2006), s. 151.

¹⁰¹⁴ Ceylan (2006), s.151; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 142.

¹⁰¹⁵ Sargın, s. 376.

Velâyet hakkının kapsamına giren çocukların kişisel hakları, çocuğun isminin koyulması¹⁰¹⁶, bedensel, zihinsel, ruhsal ve ahlâki gelişiminin sağlanması, temsil edilmesi, çocuğun gelişimine bağlı olarak kendi hayatı üzerinde kararlar alabilmesine imkân sağlanması, çocuğun hakları gerektirdiğinde önlem alınması, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse önlemlerin alınması için hâkime başvurulması olarak sayılabilir¹⁰¹⁷.

Velâyet hakkının kapsamına giren çocukların malî hakları ise, çocuğun mallarının ve gelirlerinin yönetilmesi, gerektiği takdirde çocuğun eğitim ve diğer ihtiyaçları için harcanmasıdır¹⁰¹⁸.

Hâkim velâyete ilişkin karar verirken imkân bulundukça ana ve babayı dinler. Evlilik birliği devam ederken çocuğa vasi atanmışsa hâkim vasinin ve vesayet makamının düşüncesini de alır. Hâkim anne ve babanın haklarını ve çocuklar ile kişisel ilişkilerini ana ile babayı dinledikten ve vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra düzenler¹⁰¹⁹. Hâkim anne ve baba ile vasi ve vesayet makamının görüşlerini alsa bile karar verirken bu görüşler ile bağlı değildir; kararı kendisi takdir eder¹⁰²⁰. Hâkim karar verirken çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk ve sosyal ve kültürel bakımından yararlarını esas alır¹⁰²¹.

Hâkimin velayet karar verirken göz önünde bulundurması gereken tek husus çocuğun menfaatidir¹⁰²². Çocuğun özellikle anne bakım ve şefkatine ihtiyaç duyduğu yaşlarda velâyetin anneye verilmesi daha uygundur¹⁰²³.

¹⁰¹⁶ Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s.304; AYM., E. 2010/119, K. 2011/165, T. 08.12.2011; “4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda kadın-erkek eşitliği konusunda önemli değişiklikler yapılarak, bu eşitlikle bağdaşmayan hükümler Kanun’dan çıkarılmış veya eşitliği sağlayacak şekilde düzenlenmiştir. Bu bağlamda 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin 152. maddesinde düzenlenen koca evlilik birliğinin reisidir ilkesi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile kaldırılarak, bunun yerine “Eşler oturacakları konutu birlikte seçerler. Birliği eşler beraberce yönetirler”. (m. 186); “Eşlerden her biri, ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil eder”. (m. 188) gibi hükümlerle eşlerin evlilik birliğinde eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olduğunu belirten hükümler kabul edilmiştir... 21.6.1934 günlü, 2525 sayılı Soyadı Kanunu’nun 4. maddesinin ikinci fıkrasının “Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır”. biçimindeki birinci cümlesinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 8.12.2011”.

¹⁰¹⁷ Ceylan (2006), s.152; İnce, s. 194; Ruhi (2003), s. 724; Yücel (2018b), s. 74 vd.

¹⁰¹⁸ Ceylan (2006), s.152; Yücel (2018b), s. 79 vd.

¹⁰¹⁹ Köprülü/ Kaneti, s. 197.

¹⁰²⁰ Aras (2011), s. 304; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.143; Yücel (2018b), s. 98.

¹⁰²¹ Velidedeoğlu, s. 267; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 304.

¹⁰²² Aras (2011), s. 305; Birinci Uzun, s. 56.

¹⁰²³ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.143.

Eşlerin velâyet hususunda anlaşmış olmaları hâlinde dahi hâkim velâyetin hangi eş tarafından kullanılacağı hususunda karar verirken eşlerin malî gücüne veya boşanmanın gerçekleşmesinde hangisinin kusurlu olduğuna dahi bakmayacaktır; sadece ve sadece velâyetin verilmesi hususunda çocuğun menfaatleri ile bilimsel ve objektif esaslar göz önünde bulundurulacaktır¹⁰²⁴. İyi bir eş olmakla iyi bir anne veya baba olmak aynı şey değildir. Bir eş diğerine karşı sorumluluklarını ihmal ederken çocuklarına karşı hiçbir sorumluluğunu ihmal etmeyebilir¹⁰²⁵.

Velâyet kararı verilirken her ne kadar eşlerin boşanma sebebinde kusurlu olup olmadığı dikkate alınmayacaksa da bazı kusurlu davranışları gösteren eşin çocuğun yararına uygun olarak velâyet görevini yerine getiremeyeceği de muhakkaktır. Alkol veya uyuşturucu bağımlısı anne ya da babaya, eşe ve çocuklara sürekli şiddet eğilimi içinde olan anne ya da babaya, çocuğun anne bakım ve şefkatine daha çok ihtiyaç duyduğu süreç içinde çocuğunu terk etmiş anneye velâyetin verilmesinin çocuğun menfaatine olmayacağı açıktır¹⁰²⁶.

Velâyet kararı nihai bir karar niteliğinde değildir. Hâkimin anne babanın ya da çocuğun koşullarında değişiklik olması hâlinde re'sen ya da talep üzerine velâyete ilişkin vermiş olduğu kararı yeniden gözden geçirip yeni bir karar vermesi mümkündür¹⁰²⁷. Buna ilişkin düzenleme TMK 183'üncü maddede yapılmıştır. Buna göre *“ana veya babanın başkasıyla evlenmesi başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması hâlinde hâkim re'sen veya ana ve babadan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alır”*¹⁰²⁸.

Kanun maddesinde anne babanın evlenmesi başka yere gitmesi ölmesi gibi sınırlı sayıda olmayan örnekleme bazı vakalar sayılmaktadır. Fakat hâkimin sadece bu örnek vakalar gerçekleştiğinde velâyete ilişkin kararını yeniden gözden geçirmesi söz konusu değildir. Aynı zamanda önemli gördüğü olguların gerçekleşmesi hâlinde de yeniden velâyete ilişkin karar verecektir¹⁰²⁹.

¹⁰²⁴ Aras (2011), s. 305; Ceylan (2006), s. 158; Velidedeoğlu, s. 267.

¹⁰²⁵ Velidedeoğlu, s. 267.

¹⁰²⁶ Ceylan (2006), s. 159.

¹⁰²⁷ Zevkliler/ Havuççu/ Ertas/ Gürpınar, s. 304.

¹⁰²⁸ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 143.

¹⁰²⁹ Zevkliler/ Havuççu/ Ertas/ Gürpınar, s.304.

Velâyet kendine verilmiş olan anne ya da babanın ölmesi hâlinde velâyet hakkı doğrudan diğer eşe geçmez velâyet hususunda yine hâkimin karar vermesi gerekir¹⁰³⁰. Hâkim tarafından velâyetin sağ kalan eşe verilmesini engelleyecek bir halin tespit edilmesi durumunda çocuğa vasi atanabilir¹⁰³¹.

Velâyet yetkisinin kullanılması hususunda Kanun veliyi tamamen serbest bırakmamıştır. Çocukla ilgili önemli kararlar alınırken çocuğun yaşı, eğitimi ve konunun önemi de dikkate alınarak konu hakkında çocuğun görüşlerinin de alınması gereğine vurgu yapmıştır¹⁰³².

3.1.2.1.2. Velâyet Yetkisi Verilmeyen Eş ile Çocuğun Kişisel İlişkisi

Kişisel ilişki çocuğun fiziki ve ruhsal gelişiminin sağlanması için velâyet kendisine verilmeyen ebeveyn veya yakınlar ile çocuk arasında düzenli ve yeterli iletişim kurulmasıdır¹⁰³³. Kişisel ilişki kurulmasıyla çocuk ile anne ya da babanın aile bağının ve sevgisinin muhafazası sağlanmaya çalışılır¹⁰³⁴. Çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkı sadece anne ve babaya değil üçüncü kişilere de tanınmıştır¹⁰³⁵. Hâkim çocuğun velâyet kendisine verilmeyen anne baba ile ilişkisini ve çocuğun üçüncü kişilerle ilişkisini birbirinden ayrı ayrı düzenleyecektir¹⁰³⁶. Velâyet kendisine verilmeyen anne ya da baba ile çocuğun şartların elverdiği ölçüde kişisel ilişki kurması mümkündür¹⁰³⁷. Çocukla kişisel ilişki kurulması ancak mahkeme kararı ile mümkündür. Mahkeme çocukla kişisel ilişki kurulmasına karar verene

¹⁰³⁰ Ceylan (2006), s.162;

¹⁰³¹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 143; Köprülü/ Kaneti, s. 197; Y2HD.,E. 2011/20987, K. 2012/16097, T. 13.06.2012; “Aslolan ergin olmayan çocukların velayet altında bulunmasıdır. Çocukların ebeveynlerinden birinin velayeti altında alınmaları olanağı bulundukça ve menfaatleri gerekli kılmadıkça vesayet altına bırakılmaları velayet kurumunun amacına aykırı düşer. Çünkü ortada velayeti ifa edebilecek bir ebeveyn vardır. Yasaya göre de "ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velayet kedisinden alınmışsa, hâkim çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velayeti babaya verir" (TMK. m. 337/2). O hâlde, çocukların yüksek yararları dikkate alınarak, pedegog ve sosyal çalışmacıya yeniden inceleme yaptırılarak çocukların menfaatinin, velayetin babaya verilmesini mi, yoksa vesayet altında bırakılmalarını mı gerektirdiği yönünde sözü edilen uzmanlardan da rapor alınması suretiyle tüm deliller birlikte değerlendirilerek ulaşılabacak sonucuna göre hüküm tesis edilmesi gerekirken, eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru bulunmamıştır”.

¹⁰³² Kılıçoğlu (2004), s. 142.

¹⁰³³ Erlüle, Fulya, Yargıtay Kararları Çerçevesinde Velayetin Kullanılması Kendisine Bırakılmayan Tarafın Çocuğu Ziyaret Hakkı, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9 Sayı: 2, Yıl: 2018 , s. 261; Y2HD.,E. 2013/26453, K. 2014/3105, T. 18.02.2014.

¹⁰³⁴ Ceylan (2006), s. 165; Ruhi (2003), s. 727.

¹⁰³⁵ Serdar, İlknur, Kişisel İlişki Kurma Hakkı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Özel Sayı, Yıl: 2007, s. 739.

¹⁰³⁶ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 144.

¹⁰³⁷ Ataay (1968), s. 141.

kadar izin verme yetkisi velâyet kendisine bırakılan tarafa aittir¹⁰³⁸. Boşanma davasının sonucunda hâkimin velâyete ilişkin kararı ile kendisine velâyet verilmeyen eş sadece velâyet hakkını kullanamaz¹⁰³⁹. Fakat bunun yanında çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkına sahiptir¹⁰⁴⁰.

Velâyet kendisine verilmeyen anne veya babanın çocuk ile kişisel ilişki kurması kişisel haklardan olması dolayısıyla, bu haktan feragat edilmesine ilişkin anlaşmalar geçersizdir¹⁰⁴¹. Velâyet kendisine verilmeyen anne veya babanın çocuk lehine takdir edilen ve yükümlüsü olduğu iştirak nafakasını ödeyip ödememesinin çocukla kişisel ilişki kurulması bakımından bir önemi yoktur. Nafaka yükümlüsü anne veya baba nafakayı ödemiyor ya da ödeyemiyor olsa dahi çocukla kişisel ilişki kurabilecektir¹⁰⁴².

Çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkı çocuk ister diğer eşin velâyetinde olsun, ister vesayet altında olsun her koşul altında hâkim tarafından dikkate alınıp re'sen düzenlenmesi gereken bir husustur. Yani çocukla velâyet yetkisi olmayan anne ve babası arasında ilişki kurulması bakımından çocuğun velâyet veya vesayet altında olmasının bir farklılığı söz konusu değildir¹⁰⁴³.

Hâkim çocuk ile velâyet hak ve yetkisine sahip olmayan anne ve baba arasında kişisel ilişkileri düzenlerken aynen velâyet yetkisini verirken dikkate aldığı çocuğun sağlık eğitim ve ahlâk yönünden faydalarını dikkate alarak karar verecektir¹⁰⁴⁴.

Dolayısıyla hâkimin boşanma hâlinde talep edilmesine bile gerek olmaksızın çocuğun velâyeti kendisine bırakılmayan anne ve baba ile kişisel ilişkilerini çocuğun menfaatlerini dikkate alarak takdir edecektir¹⁰⁴⁵. Yine hâkim, aynı velâyete ilişkin karar verirken yaptığı gibi anne babayı ya da çocuk vesayet altında ise vasiyi ve vesayet makamını dinleyebilir¹⁰⁴⁶. Fakat anne babayı ya da çocuk vesayet altında ise vasiyi ve vesayet makamını dinlemiş olması

¹⁰³⁸ Erlüle (2018), s. 263; Serdar, s. 758.

¹⁰³⁹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 144.

¹⁰⁴⁰ Aras (2011), s. 306; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 144; Erlüle (2018), s. 261; Köprülü/ Kaneti, s. 197; Ruhi (2003), s. 724; Velidedeoğlu, s. 269; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s.304.

¹⁰⁴¹ Ceylan (2006), s. 165; Velidedeoğlu, s. 269.

¹⁰⁴² Aras (2011), s. 308.

¹⁰⁴³ Velidedeoğlu, s. 269.

¹⁰⁴⁴ Aras (2011), s. 306; Ceylan (2006), s. 169; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 144; Erlüle (2018), s. 267; Ruhi (2003), s. 727; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 304.

¹⁰⁴⁵ Aras (2011), s. 307; Erlüle (2018), s. 267.

¹⁰⁴⁶ Serdar, s. 739.

onların görüşleri doğrultusunda hüküm kurulması anlamına gelmez hâkim buna ilişkin kararları kendisi takdir edecektir¹⁰⁴⁷.

Anne ve babadan her biri velâyeti altında bulunmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahip olduğu¹⁰⁴⁸ gibi diğer eşin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesi ve yetiştirmesini engellemekten de kaçınmakla yükümlüdür¹⁰⁴⁹. Kanun eşlere sadece çocuğu ile kişisel ilişki kurma hakkını vermemekte; aynı zamanda diğer eşin çocuk ile kişisel ilişki kurmasını, çocuğun eğitilmesini ve yetiştirilmesini engellemesini de yasaklamaktadır¹⁰⁵⁰.

Velâyet kendisine verilmeyen eş ile çocuk arasında kurulan kişisel ilişki, çocuğun huzurunu tehlikeye sokarsa veya ana ve baba kişisel ilişki kurma haklarını Kanunda öngörülen yükümlülüklerine aykırı kullanırlarsa veya çocuk ile ciddi olarak ilgilenmezlerse ya da hâkimin önemli gördüğü başkaca sebepler meydana gelirse kişisel ilişki kurma hakkı hâkim tarafından reddedilebilir veya kendilerinden geri alabilir¹⁰⁵¹.

3.1.2.1.3. Üçüncü Kişiler İle Çocuklar Arasındaki İlişkiler

eMK’ da çocukların üçüncü kişilerle kişisel ilişki kurmasına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemişti. TMK’nın 321 ve devamı hükümlerindeki düzenlemelerle üçüncü kişiler ile çocuğun kişisel ilişki kurması da düzenlenmiştir¹⁰⁵². Çocuk ile kişisel ilişki kurulmasında elbette her şeyden önemli olan çocuğun menfaatidir. Özellikle hısımlar olmak üzere üçüncü kişiler olağanüstü haller varsa ve çocuğun menfaati de üçüncü kişi ile ilişki kurulmasını gerektiriyor ise hâkim ancak bu hâlde çocuk ile ilişki kurulmasına müsaade edecektir¹⁰⁵³.

Kanun hükmünde “diğer kişilere, özellikle hısımlarına” denmekle; sadece büyükanne, büyükbaba, dayı, hâlâ, amca, teyze gibi akrabaların değil; sıhri hısımlar ile akrabalık bağı olmasa bile sosyal ve psikolojik yakınlık kurulan kişilerinde, kişisel ilişki kurulmasını

¹⁰⁴⁷ Ceylan (2006), s. 160; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 144.

¹⁰⁴⁸ Ceylan (2006), s. 168; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 111; Köprülü/ Kaneti, s. 197; Velidedeoğlu, s. 269.

¹⁰⁴⁹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.144.

¹⁰⁵⁰ Aras (2011), s. 307; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 145.

¹⁰⁵¹ Aras (2011), s. 307; Ceylan (2006), s. 168.

¹⁰⁵² Serdar, s. 739.

¹⁰⁵³ Ceylan (2006), s. 169; Serdar, s. 748.

isteyebileceği anlaşılmaktadır¹⁰⁵⁴. Kanunda çocuğun menfaati de var ise denilmek ile de burada kastedilen maddî menfaatten ziyade çocuğun sosyolojik ve psikolojik yararlarıdır¹⁰⁵⁵.

Çocuk ile kişisel ilişki kurulmasına ilişkin “*ana baba için öngörülen sınırlamalar diğer kişiler için de kıyasen uygulanacaktır*” (md.325/2). Buna göre velâyet kendisine verilmeyen eş ile çocuk arasındaki kişisel ilişkinin sınırlarının düzenlendiği TMK 324/2 deki kısıtlamalar üçüncü kişiler içinde uygulanacaktır. Bu hükümde belirtildiği üzere diğer kişilerle çocuk arasındaki kişisel ilişki kurulması hâlinde çocuğun huzuru tehlikeye girerse hâkim, kişisel ilişki kurma hakkını reddedebilir ya da kurulmuş olan kişisel ilişki kendilerinden alınmasına karar verebilir.

3.1.2.2. Boşanmanın Çocuklar Bakımından Malî Sonucu: İştirak Nafakası

Eşler boşanmış olmasına rağmen boşanma kararı anne ve baba ile çocuk arasında olan hukuki bağlarını ortadan kaldırmamakta dolayısıyla anne ve babanın çocuk üzerindeki hakları ve çocuğa karşı yükümlülükleri sona ermemektedir¹⁰⁵⁶. Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eş ile çocuk arasında kurulan kişisel ilişkide sadece çocuğun fiziksel, düşünsel ve ruhsal gelişimi değil; malî ilişki de yer alır. Çocuğun bakımı, eğitimi ve korunmasına ilişkin giderleri karşılama mükellefiyeti hem anne hem de babaya yüklenmiştir. İştirak nafakası çocuğun bakımı, eğitimi ve korunmasına ilişkin giderleri kapsar¹⁰⁵⁷. Bu yükümlülüklerin en önemlisi çocuğun eğitim ve bakım giderlerinin karşılanmasıdır. Çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde esas tutulan çocuğun özellikle bakım, sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararlarının sağlanabilmesi malî kaynak gereksinimini de beraberinde getirir¹⁰⁵⁸. Çocuğun malî giderlerinin belirlenmesinde, çocuğun ihtiyaçları, yaşı, anne ve babanın yaşadıkları sosyal çevre ve gelirleri dikkate alınır¹⁰⁵⁹.

Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eş çocuğun bu giderlerine malî gücü oranında katılmak zorundadır¹⁰⁶⁰. Fakat anne ve babanın yoksul durumda olmaları, çocuk için

¹⁰⁵⁴ Ceylan (2006), s. 166; Serdar, s. 755.

¹⁰⁵⁵ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 146.

¹⁰⁵⁶ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 146.

¹⁰⁵⁷ Sonat, K. Ali, Ana Babanın Eğitimi Devam Eden Ergin Çocuğa Karşı Nafaka Yükümlülüğü, (2013), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 1, Yıl: 2013, s. 244.

¹⁰⁵⁸ Ceylan (2006), s.174; Serdar, s. 741; Sonat, s. 241.

¹⁰⁵⁹ Ceylan (2006), s. 175; Hamzaçebi, s. 38; Sonat, s. 243.

¹⁰⁶⁰ Hamzaçebi, s. 38.

olağanüstü harcamalar yapma zaruretinin olması gibi hâkimin uygun bulacağı koşulların varlığı hâlinde, hâkimin izniyle çocuğun mal varlıklarından harcama yapılmasına karar verilebilir¹⁰⁶¹. Çocuğun bakım ve eğitim giderlerine katkıda bulunabilmeleri anne ve babanın malî gücü olmasına bağlanmıştır¹⁰⁶².

İştirak nafakasının miktarını hâkim belirlerken velâyet kendisine bırakılmış olan eşin malî gücü, velâyetin bırakılmadığı eşin malî gücü ayrıca çocuğun mal varlığı ve çocuğun ihtiyaçları dikkate alınacaktır¹⁰⁶³. Buna göre çocuğun velâyeti kendisine bırakılmayan anne ya da baba malî gücü yok ise çocuğa iştirak nafakası ödemeyecektir¹⁰⁶⁴.

Velâyet kendisine bırakılan taraf ne kadar zengin olursa olsun diğer tarafın bu giderlere malî gücü oranında katkı sağlama yükümlülüğü devam eder. İştirak nafakasının kamu düzenine ilişkin olması dolayısıyla velâyet yetkisi kendisine verilen tarafın feragat etmesi de mümkün değildir¹⁰⁶⁵.

İştirak nafakası mahkeme kararının kesinleşmesi ile ödenmeye başlanır ve çocuğun ergin olmasına kadar devam eder. Çocuk eğitime devam ettiği takdirde ergin olana kadar değil; eğitimi tamamlayana kadar iştirak nafakası devam edecektir¹⁰⁶⁶. Çocuk ergin olmasına ya da eğitimi tamamlamasına rağmen anne ve babanın malî desteğini alma zorunluluğu içerisinde ise bu durumda artık iştirak nafakası değil; diğer koşulları da var ise yardım nafakası alabilir¹⁰⁶⁷.

eMK'da nafaka davası açılmasında çocuğa taraf olma sıfatı tanınmazken TMK ile davanın velâyet kendisine verilen anne veya baba tarafından çocuk adına açılabilmesi

¹⁰⁶¹ Ceylan (2006), s. 175.

¹⁰⁶² Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 146; Hamzaçebi, s. 38.

¹⁰⁶³ Ceylan (2006), s. 179; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 146; Hamzaçebi, s. 38.

¹⁰⁶⁴ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 146.

¹⁰⁶⁵ Atar, s. 260.

¹⁰⁶⁶ Hamzaçebi, s. 39; Sonat, s. 244.

¹⁰⁶⁷ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 147; Sonat, s. 244.

sağlanmıştır¹⁰⁶⁸. Nafaka yükümlüsü anne veya babaya karşı ayırt etme kabiliyeti olan küçük de dava açabilmektedir¹⁰⁶⁹.

3.2. Kusurun Boşanmanın Sonuçlarına Etkileri

Kusurun boşanma üzerinde etkileri incelendiğinde; boşanmaya karar verilmesi üzerinde etkisinin ve boşanmanın sonuçları üzerinde etkisinin olduğu görülmektedir. Kusura dayalı boşanma sebepleri dendiğinde, zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme ve terk boşanma sebebine ilişkin hükümler kastedilmektedir. Akıl hastalığı, evlilik birliğinin sarsılması, anlaşmalı boşanma ve fiilî ayrılık nedeniyle boşanma hükümleri ise kusura dayanmayan boşanma sebepleridir. Bu ayrıma bakıldığında, gerek doktrinde gerek Yargıtay uygulamasında kusura dayanan- kusura dayanmayan boşanma sebepleri ayrımında esas itibarıyla boşanmaya karar verilmesi bakımından ayrım yapıldığı görülür.

Kusurun etkisi boşanmanın sonuçları bakımından değerlendirildiğinde ise, zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, terk, evlilik birliğinin sarsılması, fiilî ayrılık nedeniyle boşanma hallerinde kusurun boşanmanın malî sonuçları üzerinde etkisi olduğu görülmektedir. Anlaşmalı boşanma ve akıl hastalığı hâlinde ise kusurun boşanmaya karar verilmesinde etkisi olmadığı gibi boşanmanın sonuçlarına da etkisi yoktur. Kusur ile akıl hastalığı arasındaki ilişki hakkında geniş açıklama aşağıda yapılmıştır.

Hangi boşanma sebebine dayanılmış olursa olsun bütün boşanma sebeplerinin boşanmanın kişisel sonuçları bakımından -boşanma davası açılmasından sonra ölen tarafın davaya sağ kalan eşin kusurunun ispatı amacıyla devam edebilmesi dışında- etkisinin olmadığı görülmektedir. Bu hususta da geniş açıklama aşağıda yapılmıştır.

¹⁰⁶⁸ **YHGK.,E. 2000/719, K. 2000/747, T. 05.04.2000;** “...boşanmış eşlerden velayet kendisine verilmiş olan eş evvel emirde çocuğun infak ve terbiye masraflarını karşılamak yükümlülüğü altındadır. Velayet kendisine verilmeyen eşin sorumluluğu ise buna iştirakten ibaret olup, borcu kendisine velayet verilen eşe karşıdır. Diğer bir deyimle iştirak nafakasında alacaklı olan velayet kendisine bırakılan eş olup, çocuk değildir. Çocuğun reşit olmadığı dönemlerde velayet kendisine verilmeyen babanın borcu, velayet kendisine verilen anaya iştirak nafakası ödemek olup, reşit olmayan çocuğun Medeni Kanunun 8. maddesi çerçevesinde ne iştirak nafakası ne de yardım nafakası için daya açma ehliyeti bulunmadığı gibi, o dönem için velayet kendisine bırakılmayan eşin nafaka borcu da çocuğa karşı olmayıp, velayet kendisine bırakılan eşe karşıdır. Reşit oluncaya kadar nafaka davasında çocuğun sıfatı yoktur”.

¹⁰⁶⁹ **Ceylan (2006), s. 177.**

Zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış ve terk, hükümlerde belirtilen vakıa gerçekleştiğinde başkaca hiçbir koşul aranmaksızın mutlak olarak boşanmayı sağlayan özel boşanma sebepleridir. Bu hükümlerde belirtilen olayların evlilik birliğini derin ve onarılamaz bir şekilde sarstığı yasa koyucu tarafından baştan karine olarak kabul edilmiştir¹⁰⁷⁰. Kanun koyucuya göre bu sebeplerdeki evlilik birliğini sarsıcı etki o kadar ağırdır ki araştırılmasına bile gerek yoktur. Bunun yanında suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme hâlinde “*onunla birlikte yaşaması diğer eşten beklenemezse*”, akıl hastalığı hâlinde “*ortak hayat diğer eş için çekilmez hâle gelirse*” denilmek suretiyle boşanma kararı evlilik birliğinin sarsılıp sarsılmadığının hâkim tarafından tespit edilmesine bağlanmıştır. Anlaşmalı boşanma hâlinde tarafların anlaşması, fiilî ayrılık hâlinde önceki boşanma davasına ilişkin verilen ret kararının kesinleşmesinden itibaren üç yıl içinde evlilik birliğinin kurulamamış olması, evlilik birliğinin sarsıldığına karine kabul edilmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere her ne kadar doktrin ve Yargıtay uygulamasında “kusura dayanan - kusura dayanmayan” boşanma sebepleri ayrımı boşanmaya karar verilmesi bakımından yapılmakta ise de; aslında boşanmaya karar verilmesi bakımından yapılan değerlendirmede bütün boşanma sebeplerinin altında evlilik birliğinin sarsıldığı fikrinin kabulü olduğu görülmektedir.

Velidedeoğlu’nun da ifade ettiği üzere “*Boşanma kurumu dinlerin veya kanun maddelerinin değil sosyal zorunluluğun eser ve sonucu olarak doğmuştur. Hukukun ödevi her topluma ve her devre göre bu zorunluluğun ölçüsünü tayin etmekten ibarettir.*” İnsanların sosyal, kültürel, dini inanç, yaşam tarzı vb. birçok farklılıkları olduğu, yaşadıkları her bir olay ve vakıanın bu farklılıkların sonucu olarak farklı etkilere sebep olduğu bir gerçektir. Boşanmaya ilişkin düzenlemelerde belirtilen bazı durum veya vakıaların karşılaşılabilecek sonsuz sayı ve çeşitte olay ve vakıadan ayrılarak özel boşanma sebebi olarak düzenlenmesinin hatta bazı hükümlerde mutlak boşanma sebebi olarak öngörülmüş olmasının hukuki bir yarar sağlamadığı aksine hâkimin takdir yetkisini kullanarak kişilerin sosyal, kültürel, dini inanç farklılıklarını ve yaşam tarzlarını ve bu farklılıkların evlilik birliği üzerinde etkilerini dikkate alarak çok daha hakkaniyete uygun karar verebilmesini de engellediği kanaatindeyim.

Her ne kadar TMK. m. 161, 162, 163 ve 164. maddelerde yer alan hükümlerde belirtilen boşanma sebeplerinin kusura dayandığını kabul eden görüş olsa da; bu hükümlerde sayılan sebeplerin gerçekleşmiş olmasına rağmen boşanmayı istemeyen eşlerin olduğu; bunun da

¹⁰⁷⁰ Y2HD.,E. 2014/1592, K. 2014/17457, T. 16.09.2014.

aslında boşanmanın asıl sebebinin bu hükümlerdeki olguların gerçekleşmesinin değil; gerçekleşen olgunun evlilik birliğini temelinden sarsması olduğunu savunan görüşler de vardır. Bu görüşe göre; boşanma sistemi nasıl olursa olsun, evlilik birliğinin temelinden sarsılması aslında tek boşanma sebebidir¹⁰⁷¹. Gerçekten de eşi tarafından aldatılan, işkence gören, terk edilen diğer eş, bütün bu olanlara rağmen, yaşanan hadiselerin evlilik birliğinde yıkıcı bir etkisinin olmaması ve evliliği sürdürebileceğini düşünmesi hâlinde boşanma davası açmayacaktır¹⁰⁷².

Kusur ilkesine dayanan boşanma sebepleri açısından değerlendirme yapıldığında; özellikle iki eşinde kusursuz fakat evliliği devam ettirebilme konusunda da uyumsuz olan eşlerin, kusurlu davranışları olmadığı için evliliğe mahkûm edilmeleri sonucunu doğuran, evlilik birliğinin amaçlarına da hiç uygun olmayan bir sonuç ortaya çıkmaktadır¹⁰⁷³. Oysaki evlilik birliğinin sarsılması ilkesine dayalı boşanma sebebi açısından değerlendirme yapıldığında; “evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa” kusurlu olmasalar dahi boşanmalarına imkân verilmektedir. Bu açıklamalar doğrultusunda kusurun boşanmaya karar verilmesi bakımından değil; sadece malî sonuçları bakımından değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyim.

Aşağıda yapılan açıklamalar kusurun boşanmanın kişisel sonuçları ve malî sonuçları dikkate alınarak yapılmış ve yeri geldikçe farklı görüşlerimiz açıklanmaya çalışılmıştır.

¹⁰⁷¹ **Burcuoğlu**, s. 1 “boşanma sistemi nasıl olursa olsun, aslında tek bir boşanma nedeni vardır; o da, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasıdır. Kusurlu olan eşe boşanma davası açma yolu her ne kadar açık olsa da, “davalı az da olsa kusurlu olmalıdır” anlayışı, yasada böyle bir düzenleme yer almamasına rağmen, kusurlu “eşin boşanabilmesini, birçok hâlde engellemektedir”.

¹⁰⁷² **Burcuoğlu**, s. 2.

¹⁰⁷³ **Burcuoğlu**, s. 5 “çok nedenli boşanma sistemi ve kusur olgusunun uygulamada hâlâ devam ettirilen etkileri aile kavramını da zayıflatmaktadır. Önemli olan, fiilen çökmüş aileyi ayakta tutmak olmamalıdır”.

Velidedeoğlu, s. 178 “İnsan tabiatlarının çok değişik olduğu düşünülecek olursa, aykırı yaratılışı ve geçinmeleri imkânsız olan karı kocanın boşanmalarına cevap vermemenin mutlak ve kesin bir boşanma yasağı koymanın doğuracağı tehlike kendiliğinden belirir. Aksine böyle bir evliliğe mümkün olduğu kadar çabuk son verilmesi hem toplumsal hem medeni bir ihtiyaçtır.”; “Boşanma kurumu veya kanun maddelerinin değil sosyal zorunluluğun eser ve sonucu olarak doğmuştur. Hukukun ödevi her topluma ve her devre göre bu zorunluluğun ölçüsünü tayin etmekten ibarettir”.

3.2.1. Kusurun Boşanmanın Kişisel Sonuçlarına Etkileri

3.2.1.1. Evliliğin Sona Ermesi

Boşanma kararının ilk ve en önemli kişisel sonucu evliliğin sona ermesidir¹⁰⁷⁴. Eşler ister boşanma sebebinde kusurlu olsun ister kusursuz olsun, ister eşlerden biri akıl hastası olsun, ister evlilik birliği sarsılmış olsun isterse de taraflar anlaşarak boşanmış olsunlar sonuçta hâkimin vereceği boşanma kararı ile aralarında kurulmuş olan evlilik bağı sona ermektedir. O hâlde kusur ilkesine dayanan sebeplerle boşanma davası açılması hâlinde evliliğin sona ermesinin sebebi kusur değil; hâkim tarafından boşanmaya karar verilmiş olmasıdır. Kusurun evlilik birliğini sona erdirdiği varsayılsaydı sadece kusurlu olan eş bakımından bir sonuç ortaya çıkması gerekirdi. Oysa evliliğin sona ermesi hangi tarafın kusurlu olduğuna bakılmaksızın boşanma kararı ile birlikte her iki taraf içinde ortaya çıkan bir sonuçtur. Hâkim tarafından boşanmaya karar verildiğinde, eşler kusurlu olsalar da olmasalar da evlilik birliği her iki eş içinde sona ermektedir.

Evlilik birliğinin sona ermesinde kusurun önemi olmadığına göre gerek kusura dayanan ‘zina’, ‘hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış’, ‘suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme’ ve ‘terk’ gerek kusura dayanmayan ‘akıl hastalığı’, ‘evlilik birliğinin sarsılması’, ‘anlaşmalı boşanma’, ve ‘ortak hayatın yeniden kurulamaması’ sebeplerine dayalı bütün boşanma sebeplerinde hâkimin hükmü ile evlilik birliği sona ermektedir.

3.2.1.2. Boşanan Kadın İçin Bekleme Süresinin Başlaması

Evlilik birliğinin sona ermesinden sonra hem kadın hem de erkek yeniden evlenebilme hakkını elde ederler¹⁰⁷⁵. Boşanmış her iki eşe de yeniden evlenme hakkı tanınmakla birlikte; kadının evlenebilmesi için zaman kısıtlaması söz konusudur. Bekleme ya da iddet süresi olarak ifade edilen bu süre boşanan kadın açısından yeniden evlilik yapabilmesi için öngörölmüş evlilik yapmadan geçirmesi gereken süreyi ifade eder¹⁰⁷⁶. Boşanmanın kişisel sonuçlarından biride kadın için öngörölen boşanmadan sonra bu bekleme süresinin başlamasıdır¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷⁴ Köprülü/ Kaneti, s. 189; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 297.

¹⁰⁷⁵ Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 297.

¹⁰⁷⁶ Hatemi/ Serozan, s. 247; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 297.

¹⁰⁷⁷ Köprülü/ Kaneti, s. 191.

Türk Medeni Kanunu'nda evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün geçmedikçe kadının yeniden evlenemeyeceği, kadının doğurması ile belirlenen bu sürenin biteceği, kadının gebe olmadığına anlaşılması ya da evliliği sona eren eşlerin yeniden birbiriyle evlenmek istemeleri hâlinde mahkemece bu sürenin kaldırılacağı hükümlerine yer verilmiştir¹⁰⁷⁸.

Çocuğun nesebinin doğru belirlenmesi kamu düzenindendir. Dolayısı ile bekleme süresinin öngörülmesi; boşanan kadının gebe olması hâlinde doğacak çocuğun nesebinin¹⁰⁷⁹ doğru belirlenmesi maksadı güder¹⁰⁸⁰. Bekleme süresi kadının gebe olmadığına anlaşılması ya da boşandığı kişi ile tekrar evlenmesi hâlinde mahkemece kaldırılmaktadır¹⁰⁸¹.

Bekleme süresindeki amacın çocuğun nesebi olması nedeniyle boşanma sebebinde ister kadın ister erkek kusurlu olsun; kadının bekleme süresine uyması zarureti söz konusudur¹⁰⁸². Kocanın kusurlu davranışları ile evlilik birliği sona ermiş olsa dahi; bekleme süresine tabi olan yine kadındır. Bu sürenin başlamasında veya sona ermesinde görüldüğü üzere kadın veya erkeğin kusurlu olmasının hiçbir önemi yoktur. Boşanma sebebi her ne olursa olsun bütün evlilik birliklerinin sona ermesi hâlinde kadın yeniden evlenebilmek için mahkemece kaldırılmadığı takdirde bekleme süresine uymak zorundadır.

Kadının bekleme süresinin başlamasında kusurun önemi olmadığına göre gerek kusura dayanan 'zina', 'hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış', 'suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme' ve 'terk' gerek kusura dayanmayan 'akıl hastalığı', 'evlilik birliğinin sarsılması', 'anlaşmalı boşanma', ve 'ortak hayatın yeniden kurulamaması' sebeplerine dayalı bütün boşanma sebeplerinde hâkimin hükmü ile kadının bekleme süresinin başlamaktadır.

¹⁰⁷⁸ Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 297.

¹⁰⁷⁹ Köprülü/ Kaneti, s. 191; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 297; Y2HD.,E. 2000/5603, K. 2000/6741, T. 22.05.2000; "Çocuk evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün içinde doğmuş olup evlilik içinde doğan çocuklar hakkındaki hükme tabidir".

¹⁰⁸⁰ Ceylan (2006), s. 52.

¹⁰⁸¹ Köprülü/ Kaneti, s. 191.

¹⁰⁸² Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 297.

3.2.1.3. Eşlerin Birbirlerinden Olan Alacakları İçin Zamanaşımının İşlemeye Başlaması

Eşler hangi mal rejimini kabul ederse etsin mal rejimi birbirlerinden olan borçların muaccel olmasını önlemez (TMK md.217). Fakat eşler arasındaki alacağın muaccel olmasına rağmen zamanaşımının durması ve işlemeye başlamamasına ilişkin 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda düzenleme yapılmıştır. Buna göre; eşlerin birbirlerinden olan alacakları için evlilik devam ettiği sürece zamanaşımının işlemeye başlamaz, başlamışsa durur (BK. md.153/3).

Kanunda böyle bir düzenleme yapılmasında ki amaç, malvarlığına ilişkin olan alacak haklarından daha üstün değere sahip olduğu değerlendirmesi yapılan evlilik birliğinin zarar görmesini engellemektir. Bu nedenle eşlerin birbirlerinden olan alacakları hakkında zamanaşımının evlilik devam ettiği sürece işlememesi, işlemeye başlamış ise de evlilik devam ettiği süre boyunca durması öngörülmüştür.

Evliliğin sona ermesinden sonra artık evlilik birliğine ilişkin korunacak bir faydada kalmaz. Bu nedenle de kanunla sağlanan bu koruma boşanma kararı ile birlikte kendiliğinden sona erer ve boşanma kararı ile eşlerin birbirlerinden olan alacakları için zamanaşımı tekrar işlemeye başlar¹⁰⁸³. Eşlerin birbirlerinden olan alacakları için zamanaşımının tekrar başlamasında eşlerin boşanma sebepleri ya da eşlerin boşanmada kusurlu olup olmadığına değil; evliliğin boşanma ile sona erip ermediğine bakılmaktadır.

Eşlerin birbirlerinden olan alacakları hakkında zamanaşımının tekrar işlemeye başlamasında kusurun önemi olmadığına göre gerek kusura dayanan ‘zina’, ‘hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış’, ‘suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme’ ve ‘terk’ gerek kusura dayanmayan ‘akıl hastalığı’, ‘evlilik birliğinin sarsılması’, ‘anlaşmalı boşanma’, ve ‘ortak hayatın yeniden kurulamaması’ boşanma sebeplerinden biriyle boşanma davası açılması hâlinde hâkimin boşanma hükmü ile eşlerin birbirlerinden olan alacakları hakkında zamanaşımının tekrar işlemeye başlaması kendiliğinden gerçekleşmektedir.

¹⁰⁸³ Ceylan (2006) s. 53.

Sonuç olarak alacaklar için zamanaşımının tekrar başlamasında eşlerin boşanma sebebinin ve kusurlu olup olmadıklarının hiçbir önemi yoktur. Dolayısıyla boşanma hangi sebeple gerçekleşirse gerçekleşsin boşanma sebebi kusura dayansa da dayanmasa da, eşler boşanma sebebinde kusurlu olsalar da olmasalar da birbirlerinden olan alacakları için zamanaşımı tekrar işlemeye başlayacaktır.

3.2.1.4. Boşanan Eşlerin Birbirlerine Mirasçılığı

TMK’da eşler yasal mirasçı olarak sayılmıştır. Evliliğin ölüm ile sonuçlanması hâlinde sağ kalan eşin mirasçılığı devam etmektedir¹⁰⁸⁴. Aynı şekilde evliliğin gaiplik kararı veya ölüm karinesiyle sonlanması hâlinde de ölüm ile sonlanmış gibi eşin mirasçılığı devam etmektedir. Fakat evliliğin boşanma ile sona ermesi hâlinde mirasçılık hakları da sona erer¹⁰⁸⁵.

Boşanan eşlerin birbirlerine mirasçı olup olmamalarına ilişkin düzenleme TMK 181’de yapılmıştır. Boşanan eşler eş olma sıfatıyla kazandıkları birbirlerinin yasal mirasçısı olma hakkını kaybederler¹⁰⁸⁶. Eşlerin birbirine mirasçı olamaması eşler arasında evliliğe dayalı hukuki bağın boşanma ile sona ermesinden kaynaklanır¹⁰⁸⁷.

Boşanma davası devam ederken taraflardan birinin ölmesi hâlinde evlilik boşanma ile değil ölüm nedeniyle sona erecektir¹⁰⁸⁸. Ölen eşin mirasçılarının ölüm hâlinde evliliğin sona ermesine bir etkisi olamayacak olmasına rağmen; açılmış boşanma davasına sağ kalan eşin mirasçılık hakkının sona ermesi için devam edebilme hakları vardır¹⁰⁸⁹. Mirasçılara davaya devam etme hakkının verilmesi, sağ kalan eşin kusurlu davranışlarıyla boşanma davasına sebebiyet vermesi¹⁰⁹⁰ ve dava sırasında eşinin ölmesi nedeniyle mirasçısı haline gelmesinin adalet duygusunu zedeleyen bir hal olmasına dayandırılmaktadır¹⁰⁹¹. Evlilik birliği ölüm ile sonlanması hâlinde sağ kalan eş ölenin yasal mirasçısı olacak olmasına rağmen TMK 181/2 de belirtilen “ölen eşin mirasçılarından birisinin davaya devam etmesi ve diğer eşin kusurunun

¹⁰⁸⁴ Ceylan (2006) s. 54; Kılıçoğlu (2004), s. 21; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 298.

¹⁰⁸⁵ Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 298.

¹⁰⁸⁶ Kılıçoğlu (2004), s. 21.

¹⁰⁸⁷ Köprülü/ Kaneti, s. 191.

¹⁰⁸⁸ Kılıçoğlu (2004), s. 21; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 298.

¹⁰⁸⁹ Ceylan (2006) s. 55; Kılıçoğlu (2004), s.22; Köprülü/ Kaneti, s. 191; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 298; Ruhi, s. 22.

¹⁰⁹⁰ Ruhi (2013), s. 22.

¹⁰⁹¹ Ceylan (2006), s. 55.

ispatlanması” hükmü gereği kusur tespiti kendi hakkında olacağından, burada mirasçılardan kastedilen de kendisi dışında kalan mirasçılardır¹⁰⁹².

Evliliğin boşanma kararı ile sona ermesi hâlinde artık tarafların boşanma sebebinde kusurlu olup olmamasının mirasçılık haklarının sona ermesinde hiçbir önemi yoktur. Her iki eşte kusurlu olsalar da olmasalar da boşanma ile evlilik dolayısıyla edindikleri mirasçılık hakkını kaybetmemektedirler.

Eşlerin evlilik birliği dolayısı ile edindikleri mirasçılıklarının boşanma nedeniyle sona ermesinde boşanma sebebinin ve tarafların kusurlu olup olmamasının kural olarak önemi olmadığına göre, gerek kusura dayanan ‘zina’, ‘hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış’, ‘suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme’ ve ‘terk’ gerek kusura dayanmayan ‘akıl hastalığı’, ‘evlilik birliğinin sarsılması’, ‘anlaşmalı boşanma’, ve ‘ortak hayatın yeniden kurulamaması’ sebeplerine dayalı herhangi bir boşanma sebebiyle dava açılması hâlinde hâkimin boşanma hükmü ile eşlerin evlilik birliği dolayısı ile edindikleri mirasçılıkları da sona erecektir. Burada önemli olan evlilik birliğinin boşanma ile sona erdiğine ilişkin mahkeme kararının verilmiş olmasıdır.

Bunun yanında boşanma davası açılmasından sonra ölen eşin mirasçılarının boşanma davasına devam etmesi ve boşanma sebebinde sağ kalan eşin kusurluluğunu ispat etmesi hâlinde sağ kalanın mirasçı olması üzerinde kusurun etkisi vardır. Buna göre sağ kalan eşin ‘zina’, ‘hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış’, ‘suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme’ ve ‘terk’ dolayısıyla kusurlu davranışlarına dayanan boşanma davasında, ölen eşin mirasçılarının davaya devam etmesi ve belirtilen kusurun ispat edilmesi hâlinde kusurlu olan sağ kalan eş ölen eşe mirasçı olamayacaktır.

¹⁰⁹² **Y2HD.,E. 2011/16768, K. 2012/13392, T. 16.05.2012;** “Mahkemece verilen boşanma hükmü kesinleşmeden davacı-davalı kocanın 09.03.2012 tarihinde öldüğü ve davalı-davacı kadın vekilinin Türk Medeni Kanununun 181. maddesi uyarınca işlem yapılmasını istediği anlaşılmaktadır. Bu durumda; evlilik birliği ölümle sona ermiş ve boşanma davasının konusu kalmamıştır. 31.03.2011 tarih ve 6217 sayılı Kanunla değişik Türk Medeni Kanununun 181/2. maddesi, “boşanma davası devam ederken, ölen eşin mirasçılarının birinin davaya devam etmesi ve diğer eşin kusurunun ispatlanması hâlinde de, Türk Medeni Kanununun 181/1. maddesi hükümlerinin uygulanacağını”; yani, sağ kalan eşin mirasçılık haklarını kaybedeceğini öngörmüştür. Kanun metninden de anlaşılacağı gibi; kusur tespitine yönelik olarak davayı devam ettirebilecek kişi; ölen eşin mirasçılarının biridir. Sağ kalan eşin davayı kusur tespiti yönünden devam ettirme yetkisi olmadığı gibi, davayı devam ettirmede mirasçılık bakımından hukuksal bir yararı da bulunmamaktadır”.

Evlilik birliğinin sarsılması ve ortak hayatın yeniden kurulamaması boşanma sebepleri kusura dayalı değildir. Dolayısıyla evlilik birliğinin sarsılmasına dayalı boşanma davasında, evlilik birliğinin ortak hayatı sürdürmelerinin kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olduğunu; ortak hayatın yeniden kurulamaması sebebine dayalı boşanma davasında da evlilik birliğinin sarsılmış sayıldığı karinesinin ispatlanması ile boşanmaya hükmedilecektir. Fakat bu davalarda kusurun hiç dikkate alınmadığı sonucuna varılamaz. Evlilik birliğinin sarsılmasına ya da ortak hayatın yeniden kurulamamasına eşlerden birinin kusurlu davranışı sebep olabilir.

Evlilik birliğinin sarsılması ve ortak hayatın yeniden kurulamaması boşanma sebepleri ile boşanma davası açılmasından sonra ölen eşin mirasçıları sağ kalanın kusurlu davranışlarıyla evlilik birliğinin sarsılmasına ya da ortak hayatın yeniden kurulamamasına sebep olduğunu ispatlayarak kusurlu olan sağ kalan eşin ölen eşe mirasçı olmasını engelleyebilirler.

Anlaşmalı boşanma hâlinde de taraflar kusur ithamında bulunmadıkları gibi mahkemece de kusur araştırması yapılmaz. Ayrıca mirasçılar davalarda miras bırakanın sahip olduğu hak ve yetkiye sahiptir. Anlaşmalı boşanmalarda taraflar kusur incelemesi talep edemeyeceklerine göre mirasçılarında kusur incelemesi talebinde bulunması mümkün değildir. Dolayısıyla anlaşmalı boşanma hâlinde dava süresi içinde taraflardan birinin ölmesi hâlinde evlilik ölüm ile sonlanmış olacak ve ölen eşin mirasçıları sağ kalan eşin kusurluluğunu ispat talebiyle davaya katılamayacaklar ve dolayısıyla miras hakkını kaybetmesini sağlayamayacaklardır.

Akıl hastalığı nedeniyle boşanma davası açabilmek için evlilik birliği içindeyken akıl hastalığının bulunması, hastalığın geçmesine olanak bulunmadığının resmî sağlık kurulu raporuyla tespit edilmiş olması ve diğer eş için ortak hayatın çekilmez hâle gelmesi koşulları aranır. Akıl hastalığı kusura dayalı bir boşanma sebebi değildir. Kural olarak akıl hastasının iradi, dolayısıyla kusurlu davranışta bulunması mümkün değildir. Kaldı ki kusurlu davranışta bulunsa dahi, akıl hastalığının mevcudiyeti boşanma için yeterlidir; kusurlu bir davranış gerekmez. Akıl hastalığına bağlı boşanma davasında kusur araştırması da yapılmaz. Bu nedenle ölen eşin mirasçıları bu sebeple açılan boşanma davasında sağ kalan eşin kusurunu ispat etmek gayesi ile davaya devam edemezler.

Eşlerden birinin akıl hastası olmasına rağmen boşanma davası akıl hastalığına bağlı olarak değil de diğer boşanma sebeplerinden biri ile açılması hâlinde md. 181/2 nasıl

uygulanacaktır. Kural olarak akıl hastasının iradi dolayısıyla kusurlu davranışta bulunması mümkün değildir. Fakat her akıl hastalığının da iradi davranmayı ortadan kaldırmadığı tıbbi bir gerçektir¹⁰⁹³. Bu durumda akıl hastasının iradi davranışta bulunup bulunamadığına göre bir ayırım yapılması gerekecektir. Akıl hastasının kısıtlanmasına gerek görülmemişse, evliliğin boşanma ile sonlanmasında akıl hastasına kusur ithaf edilebiliyorsa -zina, cana kast, haysiyetsiz hayat sürme, terk gibi- ölen eşin mirasçıları davaya devam edip sağ kalan akıl hastasının miras haklarından mahrum edilmesini sağlayabilmelidir. Benzer şekilde diğer eşin kusurlu davranışları hâlinde de ölen akıl hastasının mirasçıları davaya devam edebilme hakkına sahip olacaklardır.

Yine evlilik birliğinin sarsılması kusura dayalı boşanma sebebi olmamakla birlikte bazı hallerde -ekonomik şiddet, fiziki şiddet, hakaret, aşağılama vb.- evlilik birliğinin sarsılmasına kusurlu davranışlar sebep olabilmektedir. Fiilî ayrılık hâlinde de evlilik birliğinin kurulamamasına kusurlu davranışlar ile sebep olunabilmektedir. Taraflardan birinin kısıtlanmamış, iradi davranış gösterebilen bir akıl hastası olması hâlinde bu nitelikteki evlilik birliğinin sarsılması ya da fiilî ayrılık nedeniyle açılmış boşanma davasında ölen eşin mirasçıları davaya devam edip sağ kalan eşin miras haklarından mahrum edilmesini sağlayabilmelidir.

3.2.1.5. Eşlerin Kişisel Durum Değişikliğine Etkisi

3.2.1.5.1. Kadının Evlenmeden Önceki Soyadını Alması

Kadının evlenmesi ve boşanması kişisel hakkı olan kullanacağı soyadı üzerinde de etki oluşturmaktadır¹⁰⁹⁴. Kadının evlenmeden önceki soyadını alması da boşanmanın kişisel sonuçlarından biridir. Boşanan kadının eski soyadının kullanılması boşanmanın doğal sonuçlarındandır.

eMK'da boşanan kadın tekrar kızlık soyadını alabilecekken¹⁰⁹⁵; 4721 sayılı TMK'da boşanma hâlinde kadının, evlenme ile kazandığı kişisel durumunu koruyacağı; fakat evlenmeden önceki soyadını tekrar alacağı, kadın daha önceden evlilik yapmışsa bekârlık

¹⁰⁹³ Bu konuda geniş bilgi için bkz. (Üçüncü Bölüm, §8, III, B).

¹⁰⁹⁴ Zevkliler/ Havuççu/ Ertay/ Gürpınar, s. 297.

¹⁰⁹⁵ Kılıçoğlu (2004), s. 15.

soyadını kullanmasına izin verilmesini hâkimden isteyebileceği hükümlerine yer verilmiştir¹⁰⁹⁶. Evlenme ile meydana gelen kadının kocasının soyadını kullanma zorunluluğu boşanma ile tekrar ortadan kalkmakla birlikte kadın boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunması ve boşandığı kocasının soyadını kullanmasının kocasına zarar vermeyeceğinin ispatlanması hâlinde kendisinin talebi hâkimin izni ile boşandığı eşinin soyadını kullanabilecektir¹⁰⁹⁷. Koşulların değişmesi hâlinde eski eşe verilen bu iznin kaldırılmasını koca hâkimden isteyebilir¹⁰⁹⁸ (md. 173/1, 2, 3).

Boşanmayla eşler arasında evlenmeye dayalı hukuki bağ çözüldüğünden artık kadının eski eşinin soy ismini taşınma yükümlülüğü de kalmamıştır. Kadının evlenmeden önceki soyadını kullanması kendisi açısından bir hak niteliğindedir.

Kadının boşanma sonrası soyadı kullanması hususunda detaylı bir düzenleme yapılmakla beraber kusur haline göre değişen bir durum öngörülmemiştir. Boşanmanın kişisel sonucu olan soyadının değişmesi boşanma kararı ile kendiliğinden meydana gelen bir sonuçtur. Kusurun hiçbir önemi yoktur.

Kadının eski soyadını tekrar kullanmaya başlamasında kusurun önemi olmadığına göre gerek kusura dayanan ‘zina’, ‘hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış’, ‘suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme’ ve ‘terk’ gerek kusura dayanmayan ‘akıl hastalığı’, ‘evlilik birliğinin sarsılması’, ‘anlaşmalı boşanma’, ve ‘ortak hayatın yeniden kurulamaması’ boşanma sebeplerinden biriyle boşanma davası açılması hâlinde hâkimin boşanma hükmü ile kadının boşandığı kocasının soyadı yerine eski soyadını tekrar kullanmaya başlaması kendiliğinden gerçekleşmektedir. Sonuç olarak boşanma sebebi ve kadının boşanma sebebinde kusurlu olup olmaması fark etmeksizin kadın kural olarak artık eski kocasının soyadını kullanamayacak; istisna olarak buna izin verilebilecektir.

¹⁰⁹⁶ Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 110; Köprülü/ Kaneti, s. 191; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 297.

¹⁰⁹⁷ Kılıçoğlu (2004), s. 15; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 297.

¹⁰⁹⁸ Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 110; Kılıçoğlu (2004), s.15; Köprülü/ Kaneti, s. 191.

3.2.1.5.2. Erginlik ve Kayın Hısımlığına Etkisi

Evlenmenin kişinin ergin kılınması ve kayın hısımlığı kazanması gibi hususlarda da etkisi söz konusudur¹⁰⁹⁹. Boşanma sonucunda evlilik ile kazanılan reşitlikte devam eder¹¹⁰⁰. Boşanma her ne kadar eşler arasında aile birliğinden doğan bağlarını sona erdirse de kayın hısımlıkları devam eder¹¹⁰¹.

Boşanma hâlinde, boşanma sebebinin kusura dayanıp dayanmamasının ya da eşlerin kusurlu olup olmamalarının evlenme ile edinilen kişisel durumlar üzerinde etkisi yoktur. Dolayısıyla gerek kusura dayanan ‘zina’, ‘hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış’, ‘suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme’ ve ‘terk’ gerek kusura dayanmayan ‘akıl hastalığı’, ‘evlilik birliğinin sarsılması’, ‘anlaşmalı boşanma’, ve ‘ortak hayatın yeniden kurulamaması’ boşanma sebeplerinden biriyle boşanma davası açılması hâlinde evlenme ile edinilen kişisel durumlar muhafaza edilecektir.

3.2.1.5.3. Boşanmanın Türk Vatandaşlığına Olan Etkisi

Boşanmanın kişisel sonuçlarından biri de boşanmanın Türk vatandaşlığına olan etkisidir. 5901 sayılı Türk vatandaşlığı kanunu 16. maddesi Türk vatandaşlığının evlenme yoluyla kazanılması düzenlenmiştir. Bu Kanun hükmünde Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığının evlilik yoluyla nasıl kazanılacağı düzenlenmiş olup bu hükme göre; Türk vatandaşıyla sadece evlenmiş olmak hemen Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığını kazandırmaz (TVK. md. 16). Kanun hükmüne göre, evlilik dolayısıyla Türk vatandaşlığına başvurabilmek için; en az üç yıldır evli olup evliliği hâlen devam ediyor olmak, aile birliği içinde yaşamak, evlilik birliği ile bağdaşmayacak bir faaliyette bulunmamak, Millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak şartları aranır (TVK. md. 16/1). Vatandaşlık Kanunu’ndaki düzenlemeden anlaşıldığı üzere vatandaşlığın kazanılabilmesi için hâlen devam eden evliliğin olması gerekir.

¹⁰⁹⁹ Ceylan (2006), s. 49; Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 139.

¹¹⁰⁰ Köprülü/ Kaneti, s. 191.

¹¹⁰¹ Ceylan (2006), s. 49; Köprülü/ Kaneti, s. 191.

Evlenme ile kazanılan vatandaşlık boşanma hâlinde korunur¹¹⁰². Kazanılan vatandaşlık üzerinde boşanma etkili olmayacaksa da Vatandaşlık Kanunu'nda öngörülen üç yıllık sürenin henüz dolmamış olması hâlinde boşanma, başvurunun yapılamayacak olması dolayısı ile etkisini gösterir. Eşlerin boşanması hâlinde evlilikte son bulacağından vatandaşlık başvurusu yapılamayacaktır. Vatandaşlık başvurusunun yapılabilmesi bakımından, evlilik bağının sona ermiş olması hâlinde boşanmada hangi eşin kusurlu olduğunun bir önemi de kalmamaktadır.

Evlilik dolayısıyla vatandaşlığın kazanılması için hâlen devam eden evliliğin olması gerekir. Boşanma ile evlilik birliği sona erdiği için boşanma sebebinin kusura dayanıp dayanmamasının ya da eşlerin kusurlu olup olmamalarının vatandaşlığın kazanılabilmesinde etkisi yoktur. Buna göre gerek kusura dayanan 'zina', 'hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış', 'suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme' ve 'terk' gerek kusura dayanmayan 'akıl hastalığı', 'evlilik birliğinin sarsılması', 'anlaşmalı boşanma', ve 'ortak hayatın yeniden kurulamaması' sebeplerine dayalı herhangi bir boşanma sebebiyle dava açılması hâlinde hâkimin boşanma hükmü ile evlilik sona erdiğinde kazanılmış olan vatandaşlık korunmaya devam edecek; vatandaşlık başvurusu için aranan 'hâlen evli olma' koşulu boşanma nedeniyle sağlanamadığı takdirde ise artık başvuru yapılamayacaktır.

3.2.2. Kusurun Boşanmanın Malî Sonuçlarına Etkileri

3.2.2.1. Kusurun Ölüme bağlı tasarruflara Etkisi

Eşlerin evlilik devam ettiği süre içerisinde birbirlerine yapmış oldukları ölüme bağlı tasarruflar evliliğin devam edeceğine olan inanca ve güvene bağlanabilir. Evliliğin boşanma ile sona ermesi tasarruftan aksi anlaşılmamış ise ölüme bağlı tasarruflarla sağlanan hakların kendiliğinden kaybedilmesine sebep olmaktadır¹¹⁰³. Ölüme bağlı tasarruflar bakımından boşanma, bozucu şart kabul edilir¹¹⁰⁴.

Ölüme bağlı tasarruflar hakkında Kanundaki düzenlemeden evliliğin boşanma ile sonuçlanması ile boşanma davası açılmasından sonra taraflardan birinin ölmesi halinin ayrı ayrı düzenlendiği görülmektedir.

¹¹⁰² Ceylan (2006), s. 49; Köprülü/ Kaneti, s. 191.

¹¹⁰³ Zevkliler/ Havuççu/ Ertay/ Gürpınar, s. 298.

¹¹⁰⁴ Ceylan (2006), s. 58.

Evliliğin boşanma ile sona ermesi hâlinde kanun koyucunun, “*tasarruftan aksi anlaşılmıyorsa*” demek suretiyle ölüme bağlı tasarruf ile eşe hak kazandırılmasını tamamen ölüme bağlı tasarrufta bulunan eşin iradesine bıraktığı görülmektedir. Yani tasarrufta bulunan eş boşanma hâlinde dahi tasarrufun geçerli olduğu anlamı veren mahiyette tasarrufta bulunmuşsa, boşanmadan sonra dahi tasarruf geçerliliğini korumaya devam edecektir. Aksi takdirde Kanun hükmü gereği tasarruf geçersiz hâle gelecektir.

Dava sırasında tasarrufta bulunan eşin ölmesi hâlinde ise; tasarrufta bulunanın mirasçılarının davaya devam etme ve sağ kalan tarafın kusurunu ispatlaması hâlinde ölüme bağlı tasarruf ile diğer tarafın elde ettiği kazanımlardan yoksun bırakma imkânlarının olduğu görülmektedir. Yani boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflar tasarruftan aksi anlaşılmadıkça eşler hakkında kusur incelemesi yapılmasına gerek olmaksızın kesin olarak boşanma ile sona ererken; evliliğin boşanma davası devam ederken ölüm ile sonuçlanması hâlinde ise mirasçılara sağ kalan tarafın kusurluluğunu ispat etmek koşuluyla ölüme bağlı tasarrufu ortadan kaldırma imkânı sağlanmıştır¹¹⁰⁵. Dolayısıyla boşanma davası açılmasından sonra eşlerden birinin ölmesi ve ölen eşin mirasçılarının davaya devam etmesi hâlinde kusurun önem gösterdiği görülmektedir.

Ölüme bağlı tasarruf ile elde edilen kazanımların evliliğin boşanma ile sona ermesinde, boşanma sebebinin ve tarafların kusurlu olup olmamasının önemi yoktur. Burada önemli olan evlilik birliğinin boşanma ile sona erdiğine ilişkin mahkeme kararının verilmiş olmasıdır. Buna göre kusura dayanan ‘zina’, ‘hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış’, ‘suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme’ ve ‘terk’ sebeplerine dayalı herhangi bir boşanma sebebiyle dava açılması hâlinde hâkimin boşanma hükmü ile eşlerin ölüme bağlı tasarrufu ile diğer tarafın elde ettiği ölüme bağlı kazanımlar da sona erecektir.

Evlilik birliğinin sarsılması ve ortak hayatın yeniden kurulamaması boşanma sebepleri kusura dayalı değildir. Dolayısıyla evlilik birliğinin sarsılmasına dayalı boşanma davasında, evlilik birliğinin ortak hayatı sürdürmelerinin kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olduğunu; ortak hayatın yeniden kurulamaması sebebine dayalı boşanma davasında da evlilik birliğinin sarsılmış sayıldığı karinesinin ispatlanması ile boşanmaya hükmedilecektir. Fakat bu davalarda kusurun hiç dikkate alınmadığı sonucuna varılamaz.

¹¹⁰⁵ Bu konuda geniş bilgi için bkz (Üçüncü Bölüm, §8, III, A, 4).

Evlilik birliğinin sarsılmasına ya da ortak hayatın yeniden kurulamamasına eşlerden birinin kusurlu davranışı sebep olabilir¹¹⁰⁶.

Boşanma davası açılmasından sonra ölen eşin mirasçıları sağ kalanın kusurlu davranışlarıyla evlilik birliğinin sarsılmasına ya da ortak hayatın yeniden kurulamamasına sebep olduğunu ispatlayarak kusurlu olan sağ kalan eşin ölen eşin ölüme bağlı tasarrufu ile elde ettiği kazanımlardan yoksun kalmasını saęlayabilirler¹¹⁰⁷.

3.2.2.2. Kusurun Mal rejiminin Tasfiyesine Etkisi

Eşler arasında mal rejimi kanunda sayılan sınırlar içinde kendilerinin yapacağı anlaşma ile belirlenebileceği gibi anlaşma yapmamaları hâlinde yasal mal rejimine göre de belirlenir. Boşanma hâlinde mal rejiminin tasfiyesi eşler anlaşma ile bir mal rejimi belirlemişler ise bu mal rejimine göre aralarında bir mal rejimi anlaşması yok ise; bu hâlde de yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi hükümleri çerçevesinde tasfiye yapılır¹¹⁰⁸.

Mal ayrılığı rejiminde, eşler kendilerine ait malvarlıklarını evlilik boyunca koruduklarından ve boşanma sonunda da kendilerine ait malvarlıkları üzerinde boşanma dolayısıyla bir paylaşım söz konusu olmayacağından tasfiye yapılmaz. Tasfiye olmayacağı için de boşanmada kimin kusurlu olduğu değerlendirmesinin yapılmasına gerek yoktur.

Edinilmiş mallara katılma rejimini düzenleyen hükme göre boşanma sebebi zina veya hayata kast ise hâkim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranını hakkaniyete uygun olarak azaltma veya kaldırma hususunda takdir hakkına sahiptir¹¹⁰⁹. Paylaşmalı mal ayrılığında da zina veya hayata kast nedeniyle boşanma hâlinde hâkim, kusurlu eşin payının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir¹¹¹⁰.

Kusur ilkesine dayanan zina ve hayata kast nedeniyle boşanma hâllerinde Kanun zel olarak hakkaniyete uygun olarak hâkimin mal rejiminin tasfiyesine mdahlesini

¹¹⁰⁶ Bu konuda geniş bilgi için bkz (nc Bölüm, §8, III, A, 4).

¹¹⁰⁷ Bu konuda geniş bilgi için bkz (nc Bölüm, §8, III, A, 4).

¹¹⁰⁸ Dural/ z/ Gümüş, s.138; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 298.

¹¹⁰⁹ Kaşak, s. 117; Kibar, s. 657.

¹¹¹⁰ Kaşak, s. 117.

öngörmektedir¹¹¹¹. Bunun yanında diğerkusur ilkesine dayanan boşanma sebeplerinde hâkime aynı takdir hakkı verilmemiştir. Boşanma sebebinde kusur ilkesine dayanan zina ve hayata kast nedeniyle boşanma hâllerinde kusur mal rejiminin tasfiyesinde önem arz eder.

Edinilmiş mallara katılma ve paylaşmalı mal ayrılığı rejimlerinde mal rejiminin nasıl tasfiye edileceğı hususunda evlilik birliğinin hangi boşanma sebebine göre davanın görüldüğü önem göstermektedir. Buna göre kusura dayanan ‘zina’ ve ‘hayata kast’ sebeplerine dayalı bir boşanma davası açılması hâlinde hâkim kusurlu tarafın payında indirim veya tamamen kaldırılmasına karar verebilir. Kusura dayanan ‘pek kötü veya onur kırıcı davranış’ ‘suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme’ ve ‘terk’ sebebi ile ya da kusura dayanmayan ‘akıl hastalığı’, ‘evlilik birliğinin sarsılması’, ‘anlaşmalı boşanma’, ve ‘ortak hayatın yeniden kurulamaması’ sebeplerine dayalı bir boşanma davası açılması hâlinde hâkime kusurlu tarafın payında indirim veya tamamen kaldırılmasına karar verebilmesi hususunda takdir hakkı tanınmamıştır. Bu hallerde mal rejiminin tasfiyesi bakımından kusurluluk dikkate alınmamaktadır. Dolayısıyla mal rejiminin tasfiyesi için eşlerin boşanma sebebinde kusurlu olmaları kural olarak dikkate alınmazken; sadece zina ve hayata kast sebebiyle açılan boşanma davalarında hâkim tarafından kusur incelemesi yapılması gerekecektir.

3.2.2.3. Kusurun Maddî tazminata Etkisi

Boşanmanın malî sonuçlarından biri de maddî tazminattır. 743 sayılı eMK’nın 143. maddesinde “*mevcut ve hatta muntazar bir menfaati boşanma yüzünden hâle ldar olan kabahatsiz karı veya kocanın, kabahatli olan taraftan münasip maddî bir tazminat talebine hakkı vardır*” hükmüne yer verilmişti. Bu hükme göre sadece maddî tazminat talep eden tarafın kusursuz, diğertarafın kusurlu olması gerekmektedir. Bu nedenle boşanmada azda olsa kusurlu olan eş diğertarafın kusuru daha ağır olsa dahi maddî tazminat talep edememekteydi¹¹¹². 4721 sayılı TMK’da 174/1 “*Mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan uygun bir maddî tazminat isteyebilir*” hükmüne yer verilmiştir. 4721 sayılı TMK’da yapılan bu değişiklik, boşanmada azda olsa eşlerin kusurlu olabileceğı, maddî zarara uğrayan tarafın daha az kusurlu olmasına rağmen bu zararının giderilmemesinin haksızlık oluşturabileceğı düşüncesiyle yapılmıştır¹¹¹³. Buna göre

¹¹¹¹ Kibar, s. 657.

¹¹¹² Kılıçoğlu (2004), s. 16; Kibar, s. 658.

¹¹¹³ Kılıçoğlu (2004), s. 16.

tazminat talep edenin tamamen kusursuz olması ya da diğer taraftan daha az kusurlu olması gerekmektedir¹¹¹⁴. Tarafların eşit kusurlu olması hâlinde her iki tarafta tazminat talebinde bulunamaz¹¹¹⁵. Görüldüğü üzere 743 sayılı eMK'da olduğu gibi 4721 sayılı TMK hükmü de maddî tazminat talebinin değerlendirilmesi için mahkemece kusur incelemesinin yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

Yabancı bir mahkemece verilen boşanma kararında yapılan kusur tespiti kararın tanınması ya da tenfizi hâlinde dikkate alınacaktır. Özellikle anlaşmalı boşanmada kusur incelemesi yapılması mümkün olmadığı için, tanıma ve tenfiz kararında kusur tespiti yapılması mümkün değildir¹¹¹⁶.

Kanun hükmünden açıkça anlaşıldığı üzere maddî tazminat talep edilebilmesi doğrudan doğruya kusur ilkesiyle bağlıdır. Boşanma yüzünden maddî tazminat istenebilmesi için tazminat istenen tarafın kusurlu olması gerekir¹¹¹⁷. Burada aranan kusur boşanmaya sebep olan tarafın boşanma gerekçesi olan kusurlu davranışdır. Yani kusurlu davranışıyla boşanmaya sebep olan eş aleyhine maddî tazminata hükmedilebilir¹¹¹⁸. Eşlerden hiçbirinin kusuru yoksa boşanma sonunda maddî tazminat istenmesi söz konusu olmayacaktır. Ayrıca maddî tazminat isteyen eşin boşanmada hiç kusurunun bulunmaması ya da kusurunun diğer eşten daha az olması da gerekir¹¹¹⁹. Buradan da anlaşılabileceği üzere ancak kusuru daha az olan taraf maddî tazminat isteme hakkına sahiptir (md.174). Kusurlu davranış gerçekleşmişse boşanma sebebinin özel sebeplerden veya genel sebeplerden olmasının bir önemi yoktur.

¹¹¹⁴ Ceylan (2006) s. 83; Günay, s. 62 vd.; Kılıçoğlu (2004), s. 16; Y2HD.,E. 2014/9557, K. 2014/20596, T23.10.2014; “Boşanma sebebiyle maddi ve manevi tazminata hükmedilebilmesi için, tazminat talep eden tarafın kusurunun bulunmaması veya az kusurlu olması zorunludur. Boşanmaya diğeriyle aynı oranda kusuruyla sebep olan taraf yararına da maddi ve manevi tazminata hükmedilemez”.

¹¹¹⁵ Kibar, s. 658

¹¹¹⁶ Y2HD.,E. 2016/25708, K. 2017/1010, T. 06.02.2017 “Tarafların İsviçre Luzern-Land Eyalet Mahkemesi'nin 09.03.2010 tarihinde kesinleşen FAN 10 ve 02/09/33 sayılı yabancı mahkeme kararıyla anlaşmalı olarak boşandıkları, bu kararın tanınmasına ve tenfizine karar verildiği, bu kararında 20.05.2013 tarihinde kesinleştiği anlaşılmaktadır. Taraflar, boşanmalarına ilişkin yabancı mahkeme kararının tanınmasıyla yabancı mahkeme ilamının kesinleştiği tarihten itibaren boşanmış hale gelmişlerdir (5718 sayılı MÖHUK m.54-58-59). Tarafların boşanmalarına ilişkin yabancı mahkeme ilamında; tarafların anlaşmalı olarak boşandıkları ve boşanmaya sebep olan olaylarda taraflarla ilgili herhangi bir kusur belirlemesi yapılmadığı hâlde, mahkemece tanınmasıyla kesin hüküm etkisi gösteren yabancı mahkeme ilamı dikkate alınmaksızın, kusur belirlemesi yapılarak davalı erkeğin boşanmaya sebep olan olaylarda kusurlu olduğu kabul edilmek suretiyle davacı kadın yararına maddi ve manevi tazminata hükmolunması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir”.

¹¹¹⁷ Burcuoğlu (2011), s. 139; Ceylan (2006) s. 85; Günay, s. 67; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 112.

¹¹¹⁸ Burcuoğlu (2011), s. 139; Ceylan (2006) s. 85;

¹¹¹⁹ Ceylan (2006) s. 85; Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 112

Tarafların açacakları boşanma davalarında ayrı ayrı boşanma sebeplerine dayanmaları mümkündür. Örneğin hem genel boşanma sebebine hem özel boşanma sebebine dayanabilirler. Bu durumda kusur tespiti yapılması gerektiğinde tüm kusurlar, birlikte değerlendirilip, tarafların kusur oranları bir kez belirlenmeli ve buna göre maddî ve manevî tazminat ile yoksulluk nafakası hakkında hüküm kurulmalıdır¹¹²⁰.

Taraflar her ne kadar birbirinden farklı boşanma sebeplerine dayanabileceklerse de, koşulları oluşsa dahi kendilerinin talep etmediği sebebe dayanarak hâkim boşanmaya karar veremez¹¹²¹. Ayrıca özel boşanma sebebi ispatlandığı takdirde, af veya dava hakkının düşmesi söz konusu değilse, hâkimin özel sebebe dayanarak boşanma kararı vermesi gerekir¹¹²².

Boşanma davasında, dava açılana kadar gerçekleşmiş davranışlara dayanılacaktır. Fakat boşanma davası açılmasından önceki davranışların affedildiğini gösteren söz veya eylemler söz konusu ise artık bu davranışlara dayanılarak kusur isnadında bulunulması ve tazminat talep edilmesi mümkün değildir¹¹²³. Benzer şekilde taraflardan birinin açtığı boşanma

¹¹²⁰ **Y2HD.,E. 2016/4852, K. 2017/10559, T. 04.10.2017;** “Mahkemece, her üç boşanma davasında, bu davaların esasını oluşturan “boşanma” talepleri konusunda ayrı ayrı hüküm kurulması gerekmele birlikte, davacı-davalı kadının evlilik birliğinin sarsılması sebebine(TMK m. 166/1) dayalı boşanma davası ile hayata kast pek fena muamele hukuki sebebine (TMK m.162) dayalı boşanma davaları için ayrı ayrı, davalı-davacı erkeğin zina sebebine dayalı (TMK m. 161) boşanma davası için ayrı kusur belirlenerek, sonucunda boşanma davalarının eki niteliğinde bulunan tazminat talepleri konusunda her bir dava türü için ayrı ayrı hüküm kurulması doğru olmuştur. Evlilik birliği sona erinceye kadar, herhangi bir sebeple açılmış boşanma davalarında taraflara yüklenmiş tüm kusurlar, birlikte değerlendirilip, tarafların kusur oranlarının bir kez belirlenmesi ve belirlenen bu orana göre maddi-manevi tazminatlar ile yoksulluk nafakası konularında her bir taraf yönünden bir kez hüküm kurulması gerekir. Tarafların kusurları bölünerek, her bir dava için ayrı kusur belirlemesi yapıp, fer'i konularda da her bir dava için ayrı hüküm kurmak, Türk Medeni Kanunu'ndaki düzenlemelere (TMK m.4,174/1-2, 175) aykırı düşer”.

¹¹²¹ **Y2HD.,E. 2015/23265, K. 2017/5500, T. 04.05.2017;** “Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır, ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez (HMK m.26/1). Davacı-karşı davalı erkek dava dilekçesinde hayata kast, pek kötü muamele veya onur kırıcı davranış sebebine (TMK m.162) dayalı olarak boşanmaya karar verilmesini talep etmiş, mahkemece evlilik birliğinin sarsılması (TMK m.166/1) hukuksal sebebine dayalı olarak boşanma kararı verilmiştir. Özel boşanma sebebine dayalı olarak açılan davada genel boşanma sebebiyle (TMK m.166/1) boşanma kararı verilemez. O hâlde mahkemece, davacı-karşı davalı erkeğin boşanma davasında, delillerin özel boşanma (hayata kast, pek kötü muamele veya onur kırıcı davranış) sebebi yönünden değerlendirilerek ve bu hukuki sebebe dayalı olarak karar verilmesi gerekirken, evlilik birliğinin sarsılması (TMK m.166/1) sebebi ile tarafların boşanmalarına karar verilmesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir”.

¹¹²² **Y2HD.,E. 2014/1592, K. 2014/17457, T. 16.09.2014;** “...zina, hayata kast, pek kötü davranma veya ağır derecede onur kırıcı davranışla karşılaşan eş, dilerse bu özel sebeplerden birine ya da bir kaçına, dilerse genel boşanma sebebine dayanarak boşanma davası açabileceği gibi, özel ve genel nitelikte sebeplerinden ikisine birlikte dayanarak da boşanma talep edebilir. Bu son hâlde, kanundaki özel boşanma sebebi ispatlanmış ise, af veya dava hakkının düşmesi gibi bir durum da söz konusu değilse, özel sebebe dayanılarak boşanma kararı verilmek gerekir”.

¹¹²³ **YHGK.,E. 2017/2065, K.2020/46, T.23.01.2020;** “Affedilen olaylar tarafların kusurlarının belirlenmesinde dikkate alınamayacağından, affedilen olaylar gerekçe yapılarak taraflar lehine maddi ve manevi tazminata da hükmedilemeyecektir. YHGK.,E. 2017/2426, K. 2020/243, T. 04.03.2020; Davacı kadın lehine hükmolunan maddi ve manevi tazminatlara esas alınan maddi vakıalar incelendiğinde, erkeğin, fiziksel şiddet uyguladığı ve sadakatsiz olduğu anlaşılmaktadır. Fakat davalı tarafın bu eylemlerinden sonra tarafların 16.04.2013 tarihinde barıştıkları

davasından feragat etmesi, açılan davanın dayandığı sebeplerin affedildiği anlamına gelir. Daha sonra bu sebeplere dayanılması ve bu sebeplere göre kusur tespitinde bulunularak talepte bulunulması mümkün değildir¹¹²⁴. Fakat feragatin kısmı olarak yapılması hâlinde feragat ancak feragat edilen kısım hakkında sonuç doğuracaktır¹¹²⁵. Eşin ölmesi üzerine kusurlu davacı eşin, davadan feragat etmesi boşanma davasının feragat nedeniyle davanın reddiyle sona ermesine sebep olacak ve evlilik birliği ölüm nedeniyle sona erecektir. Fakat feragat ile davanın sonlandırılmış olması ölen eşin mirasçıları tarafından kusur tespiti istemelerine engel değildir¹¹²⁶.

Özel boşanma sebeplerinden olmakla birlikte kusura dayanmayan akıl hastalığı sebebiyle boşanma davası açılması hâlinde; iradi bir davranışta bulunması mümkün olmayan akıl hastalarının kusurlu bir davranışını beklemekte mümkün değildir¹¹²⁷.

Bu konuyla ilgili diğer Kanun hükümlerinin de incelenmesinde yarar vardır. “*Akıl hastaları, evlenmelerinde tıbbî sakınca bulunmadığı resmî sağlık kurulu raporuyla anlaşılmadıkça evlenemezler*” (md. 133). Kanun maddesinin bu hükmünden bütün akıl hastalıklarının evlenmeye engel olmadığı, dolayısıyla bazı akıl hastalığı veya akıl zayıflığı hallerinde hasta olan eşin evlilikten doğan yükümlülüklerini yerine getirebileceği anlaşılmaktadır.

ve beraber yaşamaya başladıkları, bu barışmanın 21.07.2013 tarihine kadar sürdüğü, dolayısıyla kadının, kocanın davadan önceki eylemlerini affettiği, en azından hoşgörü ile karşıladığı anlaşılmaktadır. Affedilen veya hoşgörü ile karşılanan olaylar nedeniyle maddi ve manevi tazminata hükmedilemez”.

¹¹²⁴ **YHGK.,E. 2006/450, K. 2006/493, T. 28.06.2006;** “... bozma kararında açıklanan nedenlere ve özellikle davalı-davacı Dilek açmış olduğu boşanma davasından 16.03.2005 tarihinde feragat etmekle geçmiş olayları bağışlamış sayılacağından, davacı-davalı Alpay'ın kusurlu davranışlarından bahsedilemez”.

¹¹²⁵ **YHGK, E. 2017/2817, K. 2021/519, T. 20.04.2021;** “... davadacı kadın vekilinin bozmaya konu yapılan 13.11.2014 tarihli beyan içeriğinden, derdestlik itirazını ortadan kaldırmak amacıyla birleşen davadan feragat ettiklerini açıkladığı, devamında feragat edilen bu birleşen dosya daki taleplerinin asıl dava dosyası üzerinden fer'î talepler olarak değerlendirilmesini talep ettiği, boşanma dava hakkından feragat beyanının bulunmadığı gibi, boşanma hakkına bağlı fer'î talepleri bakımından hak ileri sürmeye devam ettiği, bu kapsamda davacı beyanının kanunun aradığı anlamda “kayıtsız ve şartsız” feragat beyanı olarak nitelendirilemeyeceği, bu hâliyle davacı vekilinin bozmaya konu yapılan 13.11.2014 tarihli beyan içeriğinden, boşanma davasından açık, kesin ve koşulsuz feragat ettiği, buna bağlı olarak da davanın kusurlu davranışlarını affettiği en azından hoşgörü ile karşıladığı sonucuna varılmasının mümkün olmadığı anlaşılmaktadır”

¹¹²⁶ **Y2HD.,E. 2012/25313, K. 2012/30452, T. 17.12.2012;** “Boşanma kararı verilip temyiz incelemesi sırasında davalı kocanın 14.12.2008 tarihinde ölümü üzerine boşanma kararı, ölüm ile evliliğin sona erdiği ve bu konuda bir karar verilmesi gerektiğinden bahisle bozulmuştur. Bozma sonrasında davalı koca mirasçıları yargılamaya katılarak davacı kadının kusurlu bulunduğu Türk Medeni Kanununun 181/2. maddesi gereğince tespit edilmesini istemişlerdir. Davacı vekili bunun üzerine davadan feragat etmiş, mahkemece feragat nedeniyle davanın reddine karar verilmiştir. Boşanma davası sırasında, davalı kocanın ölümü üzerine evlilik ölümle sona ermiştir. Boşanma davası konusuz kalmış ise de; mirasçıların talebi nedeniyle davacının kusurunun belirlenmesi yönünden karar verilmesi gerekir. Davacı kadının davasından feragat etmesi açıklanan nedenlerle sonuç doğurmaz”.

¹¹²⁷ **Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 148, Gençcan (2020), s. 1102.**

“Eşlerden biri akıl hastası olup da bu yüzden ortak hayat diğer eş için çekilmez hâle gelirse, hastalığın geçmesine olanak bulunmadığı resmî sağlık kurulu raporuyla tespit edilmek koşuluyla bu eş boşanma davası açabilir” (md. 165). Bu hükümde özellikle hastalığın geçmesine olanak bulunmadığı ifadesinden, bazı akıl hastalıklarının tedavisinin mümkün olabildiği anlaşılmaktadır. Bazı akıl hastalıklarının tedavi edildiği, bazılarının kullanılan ilaçlarla kontrol altına alınabildiği tıp alanında ortaya konmuş bir gerçek olmanın yanında; aynı bakışın mevzuatımızda da yer bulduğu yukarıdaki hükümden çıkarılabilmektedir. Bununla beraber akıl hastalarının vesayet altına alınmasına ilişkin TMK’nın 405. maddesinde “*Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan her ergin kısıtlanır*” hükmüne yer verilmiştir. O hâlde her akıl hastasının işlerini görmek hususunda başkasının yardımına ihtiyacı yoktur. Bu hâlde akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olduğu kabul edilemez, dolayısıyla ayırt etme gücüne sahiptir (TMK., md. 13). Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde hem doktrinde hem Yargıtay’ın birçok kararında vurgu yapılan “*akıl hastalığına duçar olanın davranışlarının iradi olması mümkün değildir*”¹¹²⁸ ifadesini nasıl anlamak gerekecektir. Bunu yine Yargıtay’ın bir başka kararında şu şekilde görmekteyiz. Eğer akıl hastası olan eş kısıtlanmamış ise; bu hâlde akıl hastalığının vasi atanmasını gerektirecek ağırlıkta olmadığı sonucuna varılabilir. Bu durumda olan eşin davranışlarının iradi olduğu ve dolayısıyla kendisine kusur yüklenebileceği sonucuna ulaşmak mümkündür. Dolayısıyla kısıtlanmasını gerektirecek nitelikte bir akıl hastalığı veya akıl zayıflığı olmayan eş hakkında maddî ve manevî tazminata hükmedilmesi de mümkün olacaktır¹¹²⁹.

¹¹²⁸ **Y2HD.,E. 2014/27741, K. 2015/22, T. 12.01.2015;** “Zira davacı-davalı (koca) Erzincan Sulh Hukuk Mahkemesinin 26.02.2013 tarih 2013/192 karar sayılı kararıyla akıl hastalığı sebebiyle Türk Medeni Kanununun 405. maddesi uyarınca kısıtlanmıştır. Akıl hastalığına duçar olan kocanın davranışlarının iradi olması mümkün değildir”.

¹¹²⁹ **Gençcan (2020), s. 1188, Y2HD.,E. 2014/4305, K. 2014/6331, T. 20.03.2014;** “ Toplanan delillerden, Gaziantep Üniversitesi Şahinbey Araştırma ve Uygulama Hastanesi Başhekimliğinin 23.07.2013 tarihli sağlık kurulu raporuna göre, davacı-davalı kocada iki uçlu bozukluk denilen ruhsal hastalığın olduğu, bu hastalığın remisyonda olduğu, şahsa bu haliyle vasi tayini gerekmediği bildirilmiştir. Mahkemece davacı-davalı kocanın ruhsal rahatsızlığının olduğu, bu hususta tedaviye yanaşmadığı ve bu rahatsızlığın etkisiyle eşine fiziksel şiddet uyguladığı, boşanmaya neden olan olaylarda ağır kusurlu olduğu kabul edilmiş ancak kocanın bu eylemlerini rahatsızlığının etkisiyle gerçekleştirdiği belirtilip davalı-davacı kadının maddî ve manevî tazminat talepleri reddedilmiştir. Davacı-davalı kocanın vasi tayinini gerektirecek bir akıl hastalığı veya akıl zayıflığı olmadığına göre mahkemece davacı-davalı kocaya kusur olarak atfedilen davranışların iradi olmadığından söz edilemez. Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan olaylarda ruhsal hastalığı konusunda tedaviye yanaşmayan ve eşine fiziksel şiddet uygulayan davacı-davalı koca, ailesinin eşine fiziksel şiddet uygulamasına sessiz kalan davalı-davacı eşi nazaran ağır kusurlu olup, somut olayda TMK 174/1-2.madde koşulları oluşmuştur. Gerçekleşen bu durum karşısında davalı-davacı kadının maddî ve manevî tazminat taleplerinin kabulü gerekirken yazılı gerekçe ile reddi doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir”.

Boşanmaya karar verilmesi için akıl hastasının kusuru aranmayacaksa da; bu durum evlenmeye engel olmayacak derecede akıl hastalığının bulunması hâlinde akıl hastasının boşanma sebeplerinde kusurlu davranamayacağı anlamına da gelmez. Bu nedenle boşanmanın ferî sonuçları hakkında karar verilmesi sırasında akıl hastası olan eşin, kısıtlanmasının gerekip gerekmediği, kusurlu davranıp davranmadığı incelemesi yapılmalı; eğer kusur atfedilebiliyorsa boşanmanın ferî sonuçları hakkında akıl hastası aleyhine de karar verilmelidir.

4721 sayılı TMK 174/1 de düzenlenen maddî tazminat boşanma nedeniyle “*mevcut veya beklenen menfaatlerin*” zedelenmesine bağlanan kusura dayalı bir tazminattır. Akıl hastasına boşanmaya sebep olan vakıalar bakımından kusur atfedilebilmesi hâlinde¹¹³⁰ akıl hastası bu hüküm gereği maddî, md.174/2 nedeniyle de manevî tazminat ödemekle yükümlü kılınabilir. Akıl hastasına boşanmaya sebep olan vakıalar bakımından kusur atfedilememesi hâlinde¹¹³¹ ise yaptığı davranışlardan TMK’nın 174. maddesi gereğince sorumlu tutulamayacaktır.

Akıl hastası davranışlarıyla boşanmaya sebep olması fakat kendisine kusur atfedilememesi hâlinde, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenen kusursuz sorumluluğa ilişkin “*hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir*” hüküm gereği sorumlu tutulabilir.

Ayırt etme gücüne sahip olmayanlar, ayırt etme gücüne sahip olsalardı iradi ve hukuka aykırı olarak verdikleri zararlı davranışta kusurlu olacaklar; dolayısı ile maddî ve manevî zararlardan haksız fiil ile sorumlu olacaklardı¹¹³². 4721 sayılı TMK’nın 174. maddesinde düzenlenen tazminatlar da özel hüküm niteliğinde olduğundan bu hüküm gereği sorumlu tutulacaklardı. Ayırt etme gücünün olmaması hâlinde davranışlar iradi dolayısıyla kusurlu olamayacak ve haksız fiil ile sorumlu tutulamayacaklardır. Bu durumda ayırt etme gücüne sahip olmayanlar hakkaniyet sorumluluğu kapsamında sorumlu tutulabilecektir¹¹³³. Dolayısıyla akıl hastalarına kusur atfedilebiliyorsa TMKmd.174 kapsamında¹¹³⁴, kusur

¹¹³⁰ Gençcan (2020), s. 1188.

¹¹³¹ Gençcan (2020), s. 1187.

¹¹³² Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara (2016), s. 637; Oğuzman, M. Kemal/ Öz, Turgut Borçlar Hukuku, 2. Cilt, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul (2018), s. 189.

¹¹³³ Nomer, Hakuk Namî, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Beta Basım Dağıtım, İstanbul (2017), s. 169; Eren, s. 637.

¹¹³⁴ Gençcan (2020), s. 1188;; Y2HD.,E. 2014/4305, K. 2014/6331, T. 20.03.2014.

atfedilemediğinde ise hakkaniyet sorumluluğunun diğer koşullarını da sağlamak kaydıyla Türk Borçlar Kanunu md.65 kapsamında sorumlu tutulmalıdır¹¹³⁵.

Akıl hastalığına ilişkin boşanma sebebinin anlatıldığı bölümde incelendiği üzere, akıl hastasının iradi davranış göstermesi hâlinde kusura dayalı diğer sebeplerin koşulları var ise bu sebeplerle de boşanma davası açılabilmesi ve bu sebeplere bağlı malî sonuçlarla da akıl hastası yükümlü tutulabilmelidir¹¹³⁶.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılması ilkesine dayanan boşanma kusura dayalı bir boşanma sebebi değildir. TMK md.166/1'e dayanan boşanma davası eşlerin her ikisinin de kusurlu olması ya da hiç birinin kusurlu olmaması hâlinde dahi açılabilir¹¹³⁷. Tarafların kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa boşanma kararı verilmesi mümkündür. Fakat 4721 sayılı TMK md. 166/2'ye göre davalının kusuru daha ağır ise açılan davaya itiraz hakkı vardır¹¹³⁸.

Kanun hükmünün ifadesinden evlilik birliğinin sarsılmasına dayanan boşanma sebebinde de dava taraflarının ortak hayatın sürdürülmesinin beklenemeyeceği derecede temelinden sarsılmasına kusurlu davranışlar sebep olabilmektedir¹¹³⁹. Evlilik birliğinin sarsılmasının sebepleri gibi kusur derecesinin belirlenmesi de her evliliğin kendine özgü yapısına uygun olarak değerlendirilmelidir¹¹⁴⁰. Bu nedenle hâkim her bir somut olaya göre değerlendirme yaparak ortak hayatın sürdürülmesinin beklenemeyeceği derecede temelinden sarsılmasına sebep olan tarafı tespit edecektir. Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına kusurlu bir davranış sebep olmuşsa; daha kusurlu olduğu tespit edilen taraf aleyhine diğerinin talep etmesi hâlinde maddî tazminat ödemesine de karar verilebilecektir.

¹¹³⁵ Oğuzman/Öz (2018) s. 192.

¹¹³⁶ Yağcıoğlu, s. 987.

¹¹³⁷ Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, (Aile) 4. Baskı, İstanbul 1960, S.185.

¹¹³⁸ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.121.

¹¹³⁹ Y2HD.,E. 2004/1102, K. 2004/4382, T. 06.04.2004; "Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan hadiselerde davalı ağır kusurludur. Kusuru ağır olan eş yararına maddî, manevî tazminat ile yoksulluk nafakası takdir edilemez."; Y2HD.,E. 2017/1572, K. 2017/1094, T. 07.06.2017; Y2HD.,E. 2004/7507, K. 2004/8824, T. 01.07.2004; Y2HD.,E. 2017/5336, K. 2019/1353, T. 19.02.2019; Y2HD.,E. 2020/4728, K. 2020/5981, T. 19.11.2020; Y2HD.,E. 2015/17012, K. 2016/8821, T. 02.05.2016.

¹¹⁴⁰ YHGK.,E. 2017/2709, K. 2020/987, T. 02.12.2020; "Yargıtay, 03.07.1978 tarihli, 5/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararıyla da "kimin daha fazla kusurlu olduğunu tayin hususunda önceden bir ölçü konulamayacağına ve bu hususta bir içtihadı birleştirmeye gidilemeyeceğine" karar vererek her bir boşanma davasında tarafların boşanmaya esas teşkil eden kusur durumlarının kendine özgü ve o evliliğe münhasır olduğunu kabul etmiştir".

Dolayısıyla TMK md.166/1'e dayanan boşanma davası açılması hâlinde kusursuz veya daha az kusurlu olan tarafın maddî tazminat isteyebilmesi mümkündür. Evlilik birliğinin sarsılması sebebine dayanılarak açılan boşanma davasında boşanmaya karar verilirken kusur incelemesi yapılmayacak olmasına rağmen; maddî tazminata hükmedebilmek için kusur incelemesinin yapılması zorunludur.

Anlaşmalı boşanmanın düzenlendiği TMK md.166/3 de ise en az bir yıl sürmüş evliliklerde, eşlerin birlikte dava açması veya birinin açtığı davayı diğerinin kabul ettiği boşanma davalarında, tarafların boşanmanın malî sonuçları hususunda anlaşması ve bu anlaşmanın hâkim tarafından uygun bulunması koşulu getirilmiştir.

Kanun hükmünden anlaşıldığı üzere anlaşmalı boşanmada tarafların boşanma gerekçelerinin ne olduğu, boşanma konusunda hangi eşin daha kusurlu olup olmadığı hususlarında hiçbir inceleme yapmasına gerek olmaksızın boşanmanın malî sonuçlarının düzenlenmesinin hâkimin onayına bağlı olmak kaydıyla taraflara bırakıldığı görülmektedir¹¹⁴¹. Boşanmanın malî sonuçlarına ilişkin anlaşma dava şartlarındandır ve kararda bulunması zorunludur.

Kararda maddî ve manevî tazminata ilişkin anlaşmaya yer verilmemesi hâlinde kararın kesinleşmesinden sonra talep edilemeyeceği doktrinde tartışma konusudur. Kararın kesinleşmesinden sonra tazminat talebinin mümkün olduğunu ileri sürenler olduğu gibi bunun mümkün olmayacağı görüşünde olanlarda vardır¹¹⁴². Kanaatimce maddî tazminatı “*kusursuz veya daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan*” manevî tazminatı “*kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan*” talep edebilecektir. Anlaşmalı boşanma ise kusura dayalı olmayan, hâkimin kusur incelemesi yapmadan, boşanma sebebinin tarafların anlaşması olduğu bir boşanma türüdür. Tarafların boşanma konusunda ve boşanmanın malî ve çocuklara ilişkin sonuçları konusunda ki anlaşmalarında hangi saikle hareket ettikleri de araştırma konusu değildir. Dolayısı ile tazminat taleplerinin gerçek bir zarara dayanması ya da hiçbir zarar olmadan tazminat kararlaştırılmasının da hâkimin yapacağı inceleme ve vereceği hüküm bakımından bir önemi yoktur. Boşanmaya sebep olan olaylarda hangi tarafın kusurlu olduğu boşanma davasında belirlenmediği/belirlenemediğine göre; maddî ve manevî tazminat için aranan kusur şartı oluşmadığından ve kararın kesinleşmesinden sonra oluşması da mümkün

¹¹⁴¹ Yücel (2018a), s. 251.

¹¹⁴² Yücel (2018a), s. 248.

olmadığından hangi tarafa, hangi gerekçe ile maddî ya da manevî tazminat verilebilecektir. Bu durumda anlaşmalı boşanma kararının kesinleşmesinden sonra TMK md. 174 ve md.178 kapsamında tazminat talep edilebilmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyim. Bunun yanında tarafların eylem ve davranışları haksız eylem niteliğinde iseler TBK hükümleri çerçevesinde tazminat talep edebilmelerinde şüphe yoktur.

Anlaşmalı boşanma hâlinde eşler boşanma ve boşanmanın malî sonuçları ile çocuklara ilişkin hükümler hususunda anlaşmış olmalarından dolayı hangi tarafın kusurlu olduğu veya tarafların kusur derecelerinin ne kadar olduğunun hiçbir önemi yoktur¹¹⁴³. Anlaşmalı boşanmalarda esas olan tarafların hâkimce uygun bulunan malî hükümler ve çocukların durumuna ilişki anlaşmalarıdır.

Ortak hayatın yeniden kurulamaması nedeniyle açılan boşanma davalarında hakimin, evliliğin temelinden sarsılıp sarsılmadığını araştırma yükümlülüğü ve yetkisi de yoktur¹¹⁴⁴. Kusura dayanmayan bu boşanma sebebine dayalı davalarda hâkim herhangi bir tarafın kusurunun olup olmadığı hususunda da araştırma yapmadan boşanmaya karar vermektedir. Hâkimin bu hususta bir takdir yetkisi yoktur¹¹⁴⁵. Boşanma kararı verilebilmesi açısından ortak hayatın kurulamamasında hangi eşin kusurlu olduğunun hiçbir önemi yoktur¹¹⁴⁶.

Bunun yanında ortak hayatın yeniden kurulamaması ilkesine dayalı olarak açılan boşanma davalarında tarafların ferî nitelikte¹¹⁴⁷ talepte bulunmaları mümkündür. Boşanmaya hükmedilmesinde her ne kadar kusur incelemesi yapılmayacak ise de; ferî nitelikli sonuçlardan olan maddî ve manevî tazminat istenmesi hususunda yine kusur incelemesi yapılması gerekir¹¹⁴⁸. Taraflardan eşit¹¹⁴⁹, ağır ya da tam kusurlu bulunan eş lehine maddî ve manevî tazminata hükmedilmez¹¹⁵⁰.

¹¹⁴³ Yücel (2018a), s. 247.

¹¹⁴⁴ İpek, s. 122.

¹¹⁴⁵ İpek, s. 122.

¹¹⁴⁶ Ceylan (2006), s. 26.

¹¹⁴⁷ Y2HD.,E. 1996/11110, K. 1996/13467, T. 18.12.1996; "İstenilen maddi tazminat boşanmanın ekini (ferisini) oluşturmaktadır. Boşanma davasının yargılaması sırasında istenilebileceği gibi sonradan ayrı bir dava şeklinde talep edilmesi de imkân dâhilindedir".

¹¹⁴⁸ İpek, s.124.

¹¹⁴⁹ Y2HD.,E. 2014/9557, K. 2014/20596, T23.10.2014

¹¹⁵⁰ Y2HD.,E. 2017/2426, K. 2020/243, T. 04.03.2020; Y2HD., E. 2014/9916, K. 2014/21188, T. 30.10.2014; "Mahkemece; "fiili ayrılığa ve ortak hayatın yeniden kurulamamasında taraflar eşit kusurlu" kabul edilmiş, buna bağlı olarak davalının maddi ve manevi tazminat istekleri reddedilmiştir. Önceki boşanma davasının 13.09.2007 tarihinde davalı tarafından açıldığı, mahkemece "taraflar arasında boşanmayı gerektirecek ciddiyette ve vahamette bir geçimsizliğin bulunmadığı" gerekçesiyle reddedildiği, kararın derecattan geçerek 23.06.2010

Kanun hükmünde açıkça “...kusursuz veya daha az kusurlu tarafın, kusurlu olan taraftan uygun bir maddî tazminat istemesi...” mümkün görüldüğünden maddî tazminat talep edilebilmesi doğrudan doğruya kusur ilkesine bağlıdır. Kanun hükmüyle aranan kusur boşanmaya sebep olan tarafın boşanma gerekçesi olan kusurlu davranışdır. Dolayısıyla ortak hayatın yeniden kurulamaması nedeniyle açılan boşanma davasında da ortak hayatın yeniden kurulamamasına kusurlu davranışlarıyla sebep olan taraf aleyhine maddî tazminata hükmedilebilir¹¹⁵¹.

Yargıtay’ın yerleşik kararlarında ve doktrinde tarafların eşit kusurlu olması hâlinde hiçbir taraf lehine maddî tazminata hükmedilmemesi gerektiği görüşü hâkimdir¹¹⁵². Bunun yanında eşit kusur hâlinde maddî tazminata hükmedilmesi gerektiği yönünde görüş de doktrinde¹¹⁵³ mevcuttur. Bu görüşe göre “boşanma hâlinde tazminat talebini taraflardan birinin kusuruna bağlamak ve bununla sınırlandırmak eşlerin emek ve kazançlarının eş değerde kabul edildiği aile hukuku ilkelerine ters düşer”. Taraflar arasında mal rejiminin tasfiye edilmesi ile maddî kayıplarının olmadığı, eşit kusurlu olursa dahi yoksulluğa düşen tarafın yoksulluk nafakası verilmek suretiyle desteklendiği de göz önünde bulundurulduğunda; kusur olarak eşit durumda olan taraflardan birini ayrıca maddî ve manevî tazminat ile de yükümlü tutmanın hakkaniyete uygun düşmeyeceği kanaatindeyim. Bu nedenle Yargıtay’ın yerleşik kararları ve doktrinde oluşan hâkim görüşe katılıyorum.

tarihinde kesinleştiği, Türk Medeni Kanununun 166/4. maddesine dayanan işbu davanın ise 23.07.2013 tarihinde koca tarafından açıldığı görülmektedir. Tarafların önceki boşanma davasının reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra bir araya gelmedikleri ortak hayatın yeniden kurulamadığı davalı tarafından da kabul edilmiştir. Davacının, reddedilen ilk davadan sonra 28.06.2008 tarihinde eşinin oturduğu konuta gelerek hakaret ve tehdit ettiği, bu eyleminden dolayı ceza mahkemesinde yargılanıp mahkûm olduğu, fiili ayrılık süresi içinde 10.12.2010 tarihinde eşine karşı “akıl hastalığı” sebebine dayanarak boşanma davası açtığı, bilahare bu davadan 07.10.2013 tarihinde feragat ettiği yapılan soruşturma ve toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında, boşanmaya sebep olan fiili ayrılıkta, davacının, davalıya göre daha fazla kusurlu olduğunun kabulü gerekir. Hal böyleyken, ilk davayı açarak birlikte yaşamaktan kaçınmanın dışında bir kusuru bulunmayan davalının, davacıyla aynı oranda kusurlu bulunması ve tazminat isteklerinin buna bağlı olarak reddedilmesi doğru bulunmamıştır”.

¹¹⁵¹ **YHGK.,E. 2011/561, K. 2011/668, T. 02.11.2011;** “Türk Medeni Kanununun 174/1. maddesi mevcut veya beklenen bir menfaati boşanma yüzünden haleldar olan kusursuz ya da daha az kusurlu tarafın, kusurlu taraftan uygun bir maddî tazminat isteyebileceğini, 186. maddesi, eşlerin evi birlikte seçeceklerini, birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve mal varlıkları ile katılacaklarını öngörmüştür. Toplanan delillerden boşanmaya sebep olan olaylarda maddî tazminat isteyen davalı kadının kusurlu olmadığı, buna mukabil sebepsiz olarak dava açıp boşanma nedeni yaratan davacı kocanın kusurlu olduğunun kabulünün gerektiği anlaşılmaktadır. Kusursuz olan davalı kadın boşanma sonucu en azından kocasının maddî desteğini yitirmiştir. O hâlde mahkemece, tarafların sosyal ve ekonomik durumları ve hakkaniyet ilkesi (TMK. md. 4, BK. md. 42 ve 44) dikkate alınarak davalı kadın yararına uygun miktarda maddî tazminat verilmelidir”.

¹¹⁵² **YHGK., E. 2007/847, K. 2007/833, T. 07.11.2007;** “Eşlerin eşit kusurlu oldukları anlaşılmaktadır. Eşit kusurlu olan eş yararına manevî tazminata hükmedilemez”.

¹¹⁵³ **Günay, s. 66.**

Akıl hastalığı (md.165), evlilik birliğinin sarsılması (md.166/1), anlaşmalı boşanma (md.166/3) ve ortak hayatın yeniden kurulamaması (md.166/4) nedeniyle açılan boşanma davalarının sebepleri, kusur ilkesine dayalı olmayan boşanma sebepleridir. Bu boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılan boşanma davasında boşanmaya karar verilebilmesi için taraflardan birinin kusurlu olması aranmaz. Fakat anlaşmalı boşanma dışındaki bu boşanma sebeplerinden biriyle boşanmaya karar verilmesi hâlinde maddî ve manevî tazminat talep edilebilmesi, hatta yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için kusur incelemesi yapılmalıdır. Çünkü ancak taraflardan birinin boşanmaya sebep olan davranışlarında kusurlu olması hâlinde diğer taraf lehine maddî ve manevî tazminata, kusursuz az veya eşit kusurlu olan taraf lehine yoksulluk nafakasına hükmedilebilmektedir.

Zina¹¹⁵⁴ (md.161), hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış¹¹⁵⁵ (md.162), suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (md.163) ve terk¹¹⁵⁶ (md.164) nedeniyle boşanma sebepleri kusur ilkesine dayalı olan özel¹¹⁵⁷ boşanma sebepleridir. Dolayısıyla bu sebeplerden biriyle boşanmaya karar verilebilmesi için taraflardan birinin dava sebebinde belirtilen kusurlu davranışı gerçekleştirmiş olması gerekir¹¹⁵⁸.

Kusur ilkesine dayanan boşanma sebeplerinden biriyle dava açılması ve hâkim tarafından bu boşanma sebeplerinden biriyle boşanmaya hükmedilmesi hâlinde eşlerden

¹¹⁵⁴ Y2HD.,E. 2014/14222, K. 2014/14938, T. 30.06.2014; “Zina, mutlak boşanma sebebi olup, sebebin gerçekleşmesi hâlinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Zina yanında başka bir hukuki sebebe dayanılmış ise, zinanın ispatlanması hâlinde, zina sebebiyle boşanma kararı verilmesi gerekir. Böyle bir durumda artık genel boşanma sebebinin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaz. Bir başka erkekle evli olmaksızın birlikte yaşayan kadın yararına 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 175. maddesine göre yoksulluk nafakası ve tedbir nafakasına hükmedilemeyeceği gibi koca yararına maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi gerekir”.

¹¹⁵⁵ YHGK.,E. 2008/51, K. 2008/87, T. 30.01.2008; “Türk Medeni Kanunu'nun 162 maddesi uyarınca "Hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış" nedeniyle boşanma kararı verilmiş ve karar kesinleşmiştir, bu durumda ayrıca kusur değerlendirilmesi yapılamaz”.

¹¹⁵⁶ YHGK.,E. 2017/2289, K. 2020/939, T. 25.11.2020; “Mahkemece; koca tarafından açılan terk (TMK.m.164) sebebine dayanan boşanma davası kabul edilerek tarafların bu sebeple boşanmalarına karar verilmiştir. Bu hâlde, kadının evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla eşini terk ettiği ve usulüne uygun ihtar tebliğine rağmen haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmediği kabul edilmiş demektir. Bu durumda boşanmaya sebep olan terkte davalı-davacı (kadın) kusurludur. Boşanma sebebiyle manevi tazminata hükmedilebilmesi için tazminat talep eden tarafın boşanmaya sebep olan olaylarda kusursuz veya az kusurlu olması ise zorunludur”.

¹¹⁵⁷ YHGK.,E. 2017/2289, K. 2020/939, T. 25.11.2020; “...özel boşanma sebebinin varlığının ispatlanmış olması, boşanmaya karar verme hususunda yeterli olup, hâkim; tarafların bunun dışında ileri sürdükleri bir iddia ve savunmaya değer vererek hükme esas alamayacağı gibi boşanmaya sebep olan olaylarda tarafların diğer kusurlu davranışlarını da dikkate alamayacaktır. Bunun doğal sonucu olarak; özel boşanma sebebiyle aleyhinde yürütülmekte olan bir davada ayrıca bağımsız bir boşanma davası bulunmayan davalının, kusur esasına dayalı boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin tazminat ve yoksulluk nafakası taleplerini (TMK m. 174/1-2 ve 175) ileri süremeyeceği tartışmalıdır”.

¹¹⁵⁸ Ceylan (2006), s. 85; Günay, s. 68.

birinin boşanmada tek kusurlu taraf ya da kusuru daha ağır taraf olduğu da kanıtlanmış ve kabul edilmiş olmaktadır¹¹⁵⁹. Dolayısıyla maddî ve manevî tazminat için “*kusursuz veya daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan*” talepte bulunabileceği hususunda aranan kusur şartı böylece sağlanmış olur. Kusur ilkesine dayanan bu boşanma sebeplerinden biriyle dava açılması ve boşanmaya karar verilmesi hâlinde kusursuz ya da kusuru daha az olan tarafça maddî tazminat talep edilebilecektir.

3.2.2.4. Kusurun Manevî tazminata Etkisi

Boşanmanın malî sonuçlarından bir diğeri manevî tazminattır. Manevî tazminat da TMK’da “*Boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevî tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir*” şeklinde düzenlenmiştir” (md. 174/2.)

Boşanma yüzünden manevî tazminat istenebilmesi için tazminat istenen tarafın boşanmaya sebep olan vakıalarda kusurlu olması gerekir¹¹⁶⁰. Boşanmaya sebep olan vakıa iradi bir davranış olmaksızın eşin elinde olmayan sebeplerle meydana gelmişse bu durum boşanmaya yeterli olsa da manevî tazminat için gerekçe oluşturmaz¹¹⁶¹. Sadece boşanmaya sebep olan vakıaların dikkate alınması gerektiğinden, evlilikten önce¹¹⁶² ya da evliliğin sona ermesinden sonra gerçekleşmiş vakıalar manevî tazminat için dikkate alınmaz¹¹⁶³.

Eşlerden birinin diğesine yönelik boşanmaya sebep olan vakıalar dışındaki hukuka aykırı olarak gerçekleşen kişiliğe yönelmiş saldırıları TMK’nın 174/2 fıkrasında geçen manevî tazminat kapsamında değildir. Bu saldırılarda hukuka aykırı ve haksız fiil niteliğinde olup manevî tazminat gerektirmekle birlikte 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun “*Kişilik hakkının*

¹¹⁵⁹ Ceylan (2006), s. 85; Y2HD.,E. 2012/1728, K. 2012/3255, T. 20.02.2012; “Davacı, Türk Medeni Kanununun 164. maddesinde düzenlenen terk hukuksal nedenine dayalı olarak dava açmış; dava kabul edilip boşanmaya hükmedilmiştir. Boşanma hükmü temyiz edilmediğinden kesinleşmiştir. Terk nedenli boşanma davası kabul edilip boşanma hükmü kesinleştiğine göre kusurun tamamen davalıda olduğu kabul edilir. Bu durumda davacının kısmen dâhi kusurlu olduğundan söz edilemez. Bu nedenle, davalı kadın bakımından Türk Medeni Kanununun 174/1-2 maddesindeki kusurluluğa ilişkin koşul; davanın kabul edilmesi ve boşanma hükmünün kesinleşmesi sonucu kendiliğinden gerçekleşmiş sayılır”.

¹¹⁶⁰ Burcuoğlu (2011), s. 139; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.149; Kılıçoğlu (2004), s. 18; Köprülü/ Kaneti, s. 194.

¹¹⁶¹ Köprülü/ Kaneti, s. 194.

¹¹⁶² Gençcan (2020), s. 1194.

¹¹⁶³ Gençcan (2020), s. 1182; Zevkliler/ Havuççu/ Ertaş/ Gürpınar, s. 300.

zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevî zarara karşılık manevî tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir” (TBK md. 58/1) hükmü kapsamındadır¹¹⁶⁴.

Eşlerden hiçbirinin kusuru yoksa boşanma sonunda manevî tazminat istenmesi söz konusu olmayacaktır¹¹⁶⁵. Kanun hükmünden anlaşıldığı üzere manevî tazminat boşanmanın tamamen kusura bağlı malî bir sonucudur. Maddî tazminatta olduğu gibi kusurlu davranışın affedilmesi hâlinde, bu davranışlara dayanılarak manevî tazminat da istenemez¹¹⁶⁶.

TMK’nın 174/2 fıkrasında geçen manevî tazminat eşin boşanmaya sebep olan olaylarda kusurlu davranışları dolayısıyla diğerinin kişilik haklarının saldırıya uğramasına bağlanmıştır. Dolayısıyla bu manevî tazminat aralarında aile birliği olan kişiler arasında gerçekleşebilecek bir ihlale bağlıdır; ihlal edebilecek kişilerde ancak eşler olabilir. Üçüncü kişilerin davranışları kişilik haklarına saldırı niteliğinde olsa da TMK md. 174/2 kapsamında değildir. Sadakat yükümlülüğü sadece eşler arasında olup; üçüncü kişilerin eş ile fiilî ya da duygusal ilişkisi hâlinde üçüncü kişi TMK md. 174/2 kapsamında sorumlu tutulamaz¹¹⁶⁷.

Tazminat talep edilen eş üçüncü kişi ile aynı eylemi birlikte gerçekleştirmişse ya da önlemesi mümkün olmasına rağmen önlememişse eşin davranışı TMK 174/2 gereği manevî tazminat gerektirebilir¹¹⁶⁸. Bunun yanında eşlerin üçüncü kişilerle müteselsilen gerçekleştirecekleri saldırılarla kişilik haklarını ihlallerinde eşin davranışı hem Türk Borçlar Kanunu kapsamında haksız fiil hem de TMK 174/2 fıkrasında geçen ihlal kapsamındadır. Üçüncü kişinin davranışı ise sadece 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun “*Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevî zarara karşılık manevî tazminat adı altında bir*

¹¹⁶⁴ Y2HD.,E. 2013/12368, K. 2013/29712, T. 16.12.2013; “Davacı, davalının açtığı boşanma davasında, cinsel iktidarsızlığını ileri sürdüğünü bu iddiasını da ispat edemediğini, bu iddia ile ilgili mahkeme huzurunda tüm ortak arkadaşlarını tanık olarak dinleterek, kişilik haklarına haksız saldırıda bulunduğunu ve küçük düşürdüğünü, ispat edilmemiş bu iddia sebebiyle şahsiyet haklarının zarar gördüğünü ileri sürerek davalıdan manevî tazminat istemektedir. İstek, boşanmaya sebep olan olaylara değil, boşanma sebebinden ayrı ve boşanma davasında ortaya atılan ve boşanmaya bağlı olmayan bir iddiaya dayandığına göre, davanın yasal dayanağı kişilik haklarının hukuka aykırı olarak zedelenmiş olması sebebine (eBK.49. 6098 s. TBK.m.58/1) dayanmaktadır. Diğer bir ifade ile dava, haksız fiile ilişkin sorumluluk hükümlerine istinat etmektedir”.

¹¹⁶⁵ Burcuoğlu (2011), s. 139.

¹¹⁶⁶ Gençcan (2020), s. 1225; YHGK.,E. 2017/2426, K. 2020/243, T. 04.03.2020; “Davacı kadın lehine hükmolunan maddi ve manevi tazminatlara esas alınan maddi vakıalar incelendiğinde, erkeğin, fiziksel şiddet uyguladığı ve sadakatsiz olduğu anlaşılmaktadır. Fakat davalı tarafın bu eylemlerinden sonra tarafların 16.04.2013 tarihinde barıştıkları ve beraber yaşamaya başladıkları, bu barışmanın 21.07.2013 tarihine kadar sürdüğü, dolayısıyla kadının, kocanın davadan önceki eylemlerini affettiği, en azından hoşgörü ile karşıladığı anlaşılmaktadır. Affedilen veya hoşgörü ile karşılanan olaylar nedeniyle maddi ve manevi tazminata hükm edilemez”.

¹¹⁶⁷ E Badur/ GT Başara, s. 105.

¹¹⁶⁸ Gençcan (2020), s. 1230.

miktar para ödenmesini isteyebilir” (TBK md. 58/1) hükmü kapsamında olup; TMK174/2 fıkrasında geçen “*boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf*” hükmünde belirtilen ihlal kapsamında değildir. Bu durumda eş hem TMK md. 174/2 hem de TBK md. 58/1 kapsamında haksız fiil dolayısıyla sorumlu olur. Fakat ihlalin TMK174/2 kapsamında olmaması üçüncü kişiyi sorumluluktan kurtarmaz; ihlali gerçekleştirdiği eş ile birlikte verdikleri zarardan Borçlar Kanunu’nda düzenlenen haksız fiil sorumluluğu kapsamında müteselsilen sorumlu olurlar¹¹⁶⁹.

Sonuç olarak zina¹¹⁷⁰ (md.161), hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış (md.162), suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (md.163) ve terk (md.164) nedeniyle boşanma sebepleri kusur ilkesine dayalı olan boşanma sebepleridir. Bu sebeplerden biriyle boşanmaya karar verilebilmesi için taraflardan birinin dava sebebinde belirtilen kusurlu davranışı gerçekleştirmiş olması gerekir. Dolayısıyla bu sebeplerle boşanma davası açma hakkına sahip taraf kusurlu diğer taraftan manevî tazminat talep edebilecektir.

¹¹⁶⁹ YHGK.,E. 2010/129, K. 2010/173, T. 24.03.2010; “...eşler evlilik birliğini kurmakla birbirlerine sadakat borcu altına girdikleri gibi, mensubu oldukları aile birliğine karşı da sorumluluk altına girerler. Davacının eşinin evli olmasına rağmen bir başkası ile cinsel ve duygusal ilişkiye girmesi, evlilik sözleşmesi ile bağlandığı, sadakat borcu altına girdiği eşine karşı haksız eylem niteliğindedir. Davalı kadın da, evli olduğunu bilerek davacının eşiyle gayri resmi ilişkiye girmek ve ondan çocuk sahibi olmak suretiyle, gerek yasalarca gerek örf ve adet hukukunca korunmayan haksız bir davranış içine girmiştir. Bu davranış da açıkça haksız eylem niteliğindedir.

Eş söyleyişle, esasen dava dışı eşin, evlilik birliğinin 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 hâlde 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. Müteselsilen sorumluluğun bulunduğu durumda da davacı, alacağını sorumluların tamamından isteyebileceği gibi bunlardan biri veya birkaçından da isteyebilir. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 12.11.2003 gün ve 2003/9-685 E.-690 K. sayılı Kararı). Bunlardan birisinin ölmüş olması diğerini sorumluluktan kurtarmaz. Zarar gören dilerse davasını bu kişiye yöneltebilir.

Şu durumda; sorumlulardan birisi olan davacının eşinin vefat etmesi, teselsül ilişkisinde bulunan davalının sorumluluğunu ortadan kaldıracak bir olgu olarak kabul edilemez ve davalının haksız eyleminin varlığını ortadan kaldırmaz. Böylece, evli bir kimsenin evlilik dışı birlikteliği, diğer eşin sosyal kişilik değerlerine saldırı niteliğinde olduğu gibi, bu eyleme katılan kişinin eylemi de bundan ayrı düşünülemez. Dolayısıyla, bu eyleme evliliği bilerek katılan kişi de diğer eşin uğradığı zarardan sorumludur. Sonuç itibarıyla, davalının davacının eşi ile evli olduğunu bilerek duygusal ve cinsel ilişkiye girdiğinin tarafların ve mahkemenin kabulünde olmasına göre; davalının sorumluluğu ahlaka ve adaba aykırılık nedeniyle gerçekleşen “haksız fiil”den kaynaklanmakta; dava da yasal dayanağını haksız fiile ilişkin hükümlerden almaktadır”.

¹¹⁷⁰ YHGK., E. 2010/636, K. 2010/680, T. 22.12.2010; Somut uyuşmazlıkta, henüz boşanma kararı verilmeden kocanın başka bir kadınla ilişkiye girdiği anlaşılmıştır. Boşanma kararı verilirken kesinleşinceye kadar evlilik birliği süreceğinden, bu durumun doğal sonucu olarak taraflar arasında sadakat yükümü de evlilik birliğinin sona ermesine kadar devam edecektir. Bu düzenleme dikkate alındığında, kocanın evlilik birliği sona ermeden, diğer bir anlatımla sadakat yükümü devam ederken başka bir kadın ile evlilik dışı ilişkiye girdiği hususunun hüküm kurulurken dikkate alınması gerekir. Özellikle, tarafların kusur durumuna etkili olan bu husus göz ardı edilmemelidir. Hal böyle olunca; davalı-davacı koca evlilik birliği devam ederken yapmış olduğu sadakatsizlik nedeniyle daha fazla kusurlu olup, bu nedenle kişilik hakkı saldırıya uğrayan ve eşit kusurlu olmayan eş lehine manevi tazminata hükmedilmesi gerekir”.

Eşlerin birbirlerine karşı olan sadakat yükümlülüğünü sadece zina kapsamında değerlendirmekte mümkün değildir. Zina olmamakla birlikte eşlerden birinin üçüncü kişilerle olan her türlü fiziki veya duygusal yakınlaşması da sadakat yükümlülüğüne aykırılık oluşturur. Dolayısı ile bu tür ilişkilerde kişilik haklarına saldırı niteliğinde olacağından manevî tazminatı gerektirir¹¹⁷¹.

Hâkim tarafından bu boşanma sebeplerinden biriyle boşanmaya hükmedilmesi hâlinde eşlerden birinin kusurlu olduğu da kabul edilmektedir. Dolayısıyla maddî tazminat için aranan kusur şartı böylece sağlanmış olur. Kusur ilkesine dayanan bu boşanma sebeplerinden biriyle dava açılması hâlinde kusursuz ya da kusuru daha az olan tarafça maddî tazminat talep edilebilecektir.

Hâkim kusur ilkesine dayanmayan boşanma sebeplerinde ise ancak diğer tarafın boşanma sebebinde kusurlu olması ve kusurunun diğer taraftan fazla olması hâlinde manevî tazminata karar verebilecektir. Bu nedenle kusur incelemesinin yapılması gerekir¹¹⁷².

Boşanmaya karar verilmesi için akıl hastasının kusuru aranmayacaksa da; bu durum evlenmeye engel olmayacak derecede akıl hastalığının bulunması hâlinde akıl hastasının boşanma sebeplerinde kusurlu davranamayacağı anlamına da gelmez. Bu nedenle boşanmanın ferî sonuçları hakkında karar verilmesi sırasında akıl hastası olan eşin, kusurlu davranıp davranmadığı incelemesi yapılmalı; eğer kusur atfedilebiliyorsa boşanmanın ferî sonuçları hakkında karar verilmelidir¹¹⁷³.

Boşanma davası sonucunda kusursuz olan taraf aleyhine manevî tazminata hükmedilemez. Akıl hastalığı nedeniyle boşanma davası açılması hâlinde akıl hastası olan eşin kısıtlanmasını gerektiren bir hastalığı olup olmadığına göre değerlendirme yapmak gerekecektir. Eğer akıl hastası olan eş kısıtlanmış ise; bu akıl hastası olan eşin iradi davranışta bulunmasının mümkün olmadığını gösterir. Dolayısıyla kusurlu olduğunun kabulü de mümkün değildir¹¹⁷⁴. Bu nedenle akıl hastası olan tarafın kusurlu bir davranış göstermesi de mümkün olmadığından; manevî tazminata karar verilmesi de mümkün olmayacaktır¹¹⁷⁵. Eğer akıl

¹¹⁷¹ E Badur/ GT Başara, s. 106.

¹¹⁷² Bu konuda geniş bilgi için bkz (Üçüncü Bölüm, §8, III, B).

¹¹⁷³ Bu konuda geniş bilgi için bkz (Üçüncü Bölüm, §8, III, B).

¹¹⁷⁴ Gençcan (2020), s. 1187.

¹¹⁷⁵ Gençcan (2020), s. 1187.

hastası olan eş kısıtlanmamış ise; bu hâlde akıl hastalığının vasi atanmasını gerektirecek ağırlıkta olmadığı sonucuna varılabilir. Bu durumda olan eşin davranışlarının iradi olduğu ve dolayısıyla kendisine kusur yüklenebileceği sonucuna ulaşmak mümkündür. Dolayısıyla kısıtlanmasını gerektirecek nitelikte bir akıl hastalığı veya akıl zayıflığı olmayan eş hakkında maddî tazminata hükmedilmesi de mümkün olacaktır¹¹⁷⁶.

Evlilik birliğinin sarsılmasına dayanan boşanma sebebi kusura dayanan bir boşanma sebebi değildir. Bununla birlikte dava tarafları ortak hayatın sürdürülmesinin beklenemeyeceği derecede temelinden sarsılmasına kusurlu davranışlarla da sebep olabilirler¹¹⁷⁷. Bu nedenle tazminat yönünden hüküm kurulurken her bir somut olaya göre değerlendirme yapılarak boşanmaya sebep olan taraf ve kusurunun diğer taraftan daha ağır olup olmadığı tespit edilecektir. Boşanma sebebinde kusur tespit edilirse; talep edilmesi hâlinde daha kusurlu olduğu tespit edilen tarafın manevî tazminat ödemesine karar verilebilecektir. Dolayısıyla TMK md.166/1'e dayanan boşanma davası açılması hâlinde kusursuz veya daha az kusurlu olan taraf lehine manevî tazminata hükmedilmesi mümkündür.

Anlaşmalı boşanmanın düzenlendiği bu hükme göre eşler boşanmanın hâkimce de uygun bulunan boşanmanın malî sonuçları ile çocuklara ilişkin hususlarda anlaşmış olmaları hâlinde boşanma kararı verilmektedir. Tarafların hâkimce de uygun bulunacak boşanmanın bütün malî sonuçları hakkında anlaşmaya varmış olmaları koşulu getirildiğinden bu hususlar dava konusu yapılmayacaktır. Dolayısıyla taraflar manevî tazminat talebinde bulunamayacaktır.

¹¹⁷⁶ Gençcan (2020), s. 1188, Y2HD.,E. 2014/4305, K. 2014/6331, T. 20.03.2014 “Toplanan delillerden, Gaziantep Üniversitesi Şahinbey Araştırma ve Uygulama Hastanesi Başhekimliği'nin 23.07.2013 tarihli sağlık kurulu raporuna göre, davacı-davalı kocada iki uçlu bozukluk denilen ruhsal hastalığın olduğu, bu hastalığın remisyonda olduğu, şahsa bu haliyle vasi tayini gerekmediği bildirilmiştir. Mahkemece davacı-davalı kocanın ruhsal rahatsızlığının olduğu, bu hususta tedaviye yanaşmadığı ve bu rahatsızlığın etkisiyle eşine fiziksel şiddet uyguladığı, boşanmaya neden olan olaylarda ağır kusurlu olduğu kabul edilmiş ancak kocanın bu eylemlerini rahatsızlığının etkisiyle gerçekleştirdiği belirtilip davalı-davacı kadının maddi ve manevi tazminat talepleri reddedilmiştir. Davacı-davalı kocanın vasi tayinini gerektirecek bir akıl hastalığı veya akıl zayıflığı olmadığına göre mahkemece davacı-davalı kocaya kusur olarak atfedilen davranışların iradi olmadığından söz edilemez. Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan olaylarda ruhsal hastalığı konusunda tedaviye yanaşmayan ve eşine fiziksel şiddet uygulayan davacı-davalı koca, ailesinin eşine fiziksel şiddet uygulamasına sessiz kalan davalı-davacı eşe nazaran ağır kusurlu olup, somut olayda TMK 174/1-2.madde koşulları oluşmuştur. Gerçekleşen bu durum karşısında davalı-davacı kadının maddi ve manevi tazminat taleplerinin kabulü gerekirken yazılı gerekçe ile reddi doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir”.

¹¹⁷⁷ Bu konuda geniş bilgi için bkz (Üçüncü Bölüm, §8, III, B).

Hâkimin anlaşmalı boşanmada kusur araştırması yapma yetki ve yükümlülüğü yoktur. Bu nedenle anlaşmalı boşanma hâlinde tarafların kusurlu olup olmadığının hiçbir önemi yoktur. Anlaşmalı boşanmalarda esas olan tarafların hâkimce uygun bulunan malî hükümler ve çocukların durumuna ilişki anlaşmalarıdır. Boşanmanın malî sonuçları üzerinde anlaşma maddî ve manevî tazminatı da kapsadığından artık tarafların manevî tazminata ilişkin talepte bulunmaları da söz konusu olmayacaktır.

Ortak hayatın yeniden kurulamamasına dayalı boşanma davalarında evlilik birliği temelinden sarsılmış sayıldığından; boşanma kararı vermek için hâkim herhangi bir tarafın kusurunun olup olmadığı hususunda araştırma yapmadan karar verir. Boşanma kararı verilebilmesi açısından ortak hayatın kurulamamasında hangi eşin kusurlu olduğunun hiçbir önemi yoktur¹¹⁷⁸. Bu hususta hâkimin bir takdir yetkisi de yoktur¹¹⁷⁹. Bunun yanında ortak hayatın yeniden kurulamaması ilkesine dayalı olarak açılan boşanma davalarında tarafların ferî nitelikte talepte bulunmaları hâlinde hâkim tarafından kusur incelemesi yapılarak karar verilmesi gerekir¹¹⁸⁰. Bu nedenle manevî tazminat talep edilmesi hâlinde hâkim kusur incelemesi yapmalıdır¹¹⁸¹. Manevî tazminata karar verilebilmesi için talepte bulunan karşı taraftan daha az kusurlu olmalıdır¹¹⁸².

3.2.2.5. Kusurun Yoksulluk Nafakasına Etkisi

Boşanmanın malî sonuçlarından biri de yoksulluk nafakasıdır. “Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir” (md.175/1). Kanun hükmünde açıkça belirtildiği üzere hâkimin yoksulluk nafakasına hükmedilmesi için talepte bulunan taraf boşanma sebebinde kusursuz ya da diğer taraftan daha az kusurlu olmalıdır¹¹⁸³. O hâlde boşanan

¹¹⁷⁸ Ceylan (2006), s. 26.

¹¹⁷⁹ İpek, s. 122.

¹¹⁸⁰ Bu konuda geniş bilgi için bkz (Üçüncü Bölüm, §8, III, B); Y2HD.,E. 2015/18573, K. 2016/10789, T. 01.06.2016; “...boşanmaya sebebiyet veren olaylarda davacı kadın ağır olduğu olduğuna göre Türk Medeni Kanununun 174/1. maddesi mevcut veya beklenen bir menfaati boşanma yüzünden haleldar olan kusursuz ya da daha az kusurlu tarafın, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebileceğini, 186. maddesi, eşlerin evi birlikte seçeceklerini, birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve mal varlıkları ile katılacaklarını öngörmüştür. Toplanan delillerden boşanmaya sebep olan olaylarda maddi tazminat isteyen eşin diğerinden daha ziyade ve eşit kusurlu olmadığı anlaşılmaktadır. Boşanma sonucu bu eş, en azından diğerinin maddi desteğini yitirmiştir. O hâlde mahkemece, tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile kusurları ve hakkaniyet ilkesi (TMK m. 4, TBK m. 50 ve 52) dikkate alınarak davalı erkek yararına uygun miktarda maddi tazminat verilmelidir”.

¹¹⁸¹ İpek, s. 124.

¹¹⁸² İpek, s. 125; Y2HD., E. 2014/9916, K. 2014/21188, T. 30.10.2014.

¹¹⁸³ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 150.

tarafların her ikisinin de kusursuz olması hâlinde yoksulluk nafakasına hükmedilebileceği¹¹⁸⁴ gibi; tarafların her ikisinin de kusurlu olması hâlinde nafaka talep edilecek tarafın, yoksulluğa düşen taraftan daha kusurlu olması gerekmektedir¹¹⁸⁵.

Yoksulluk nafakası talep edebilmek için kusur bakımından temel unsur yoksulluğa düşecek tarafın daha fazla kusurlu olmamasıdır¹¹⁸⁶. Hâkim nafaka takdir ederken; kusurun ağırlığını göz önünde tutacaktır¹¹⁸⁷. Nafaka yükümlüsünün kusursuz olması hâlinde¹¹⁸⁸ yoksulluğa düşecek tarafta ancak kusursuz ise nafaka talep edebilir.

Yoksulluk nafakasına hükmedilmesinde kusur ilkesi dikkate alındığı gibi; nafakaya hükmedilmesinden sonra fiilen evli gibi yaşama ya da haysiyetsiz hayat sürme gibi kusura dayalı davranışların görülmesi hâlinde yine kusur dikkate alınmaktadır. Bu hâlde nafaka yükümlüsünün mahkemeye başvurmak suretiyle yoksulluk nafakasının kaldırılmasını isteme hakkı vardır¹¹⁸⁹.

Zina (md.161), hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış (md.162), suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (md.163) ve terk (md.164) nedeniyle boşanma sebepleri kusur ilkesine dayalı olan boşanma sebepleridir. Dolayısıyla bu sebeplerden biriyle boşanmaya karar verilebilmesi için taraflardan birinin dava sebebinde belirtilen kusurlu davranışı gerçekleştirmiş olması gerekir. Hâkim tarafından bu boşanma sebeplerinden biriyle boşanmaya hükmedilmesi hâlinde eşlerden birinin kusurlu olduğu da kabul edilmektedir. Kusur ilkesine dayanan bu boşanma sebeplerinden biriyle dava açılması hâlinde kusursuz ya da kusuru daha az olan tarafça yoksulluk nafakası talep edilebilecektir.

¹¹⁸⁴ Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 151.

¹¹⁸⁵ Burcuoğlu (2011), s. 139; Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 151.

¹¹⁸⁶ Burcuoğlu (2011), s. 139.

¹¹⁸⁷ Y.H.G.K. E. 2017/2065, K. 2020/46, T. 23.01.2020.

¹¹⁸⁸ YHGK.,E. 2010/614, K. 2010/597, T. 10.11.2010 “Yoksulluk nafakası, boşanmadan sonra yoksulluğa düşecek olan tarafı koruma amacına yönelik olduğu içindir ki, boşanmış olan yoksul tarafa verilecek olan yoksulluk nafakası, hiçbir surette diğer tarafa yükletilen bir ceza veya tazminat niteliğinde değildir. Şayet böyle olsaydı, sadece boşanmada kusuru olan eşten istenebilmesi gerekirdi. Oysaki maddede açıkça belirtildiği gibi, kusursuz eş dâhi yoksulluk nafakası ödemekle yükümlüdür. Yoksulluk nafakası, bir bakıma evlilik birliği devam ettiği sürece söz konusu olan karşılıklı bakım ve geçindirme ödevinin devam ettirilmesi anlamını taşımaktadır”.

¹¹⁸⁹ Y2HD.,E. 2015/15309, K. 2016/6985, T. 06.04.2016; “...davacı kadının, davanın devamı sırasında bir başkası ile gayri resmi şekilde birlikte olduğu ve halen o kişiyle yaşadığı anlaşılmaktadır. Davacının evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması irat şeklinde verilen yoksulluk nafakasının kaldırılması sebebidir”.

Akıl hastalığı sebebiyle boşanma davası açılması hâlinde; akıl hastalığının iradi davranışlar üzerindeki etkisi yukarıda maddî tazminat bölümünde incelenmişti¹¹⁹⁰. Bu açıklama doğrultusunda akıl hastasının davranışlarının iradi olduğu sonucuna varılması hâlinde kusurlu davranması da mümkün olduğundan kusur incelemesi yapılmalıdır. Ayrıca nafaka yükümlüsünün kusuru aranmayacak ise de, nafaka talep edenin kusurlu olması hâlinde akıl hastası olan tarafında kusurunun incelenmesi gerekebilecektir.

Evlilik birliğinin sarsılmasına dayanan boşanma sebebinde de her bir somut olaya göre değerlendirme yapılarak¹¹⁹¹ boşanmaya sebep olan taraf ve kusurunun diğer taraftan daha ağır olmaması koşuluyla yoksulluk nafakası ödemesine karar verilebilecektir¹¹⁹². Dolayısı ile yoksulluk nafakası bakımından da kusur incelemesi yapılmalıdır.

Anlaşmalı boşanma hâlinde ise; eşler boşanmanın hâkimce de uygun bulunan boşanmanın malî sonuçları ile çocuklara ilişkin hususlarda anlaşmış olmaları hâlinde boşanma kararı verilmektedir. Anlaşmalı boşanmalarda taraflar hâkimce uygun bulunan malî hükümler ve çocukların durumuna ilişkin hususlarda zaten anlaşmış olduklarından; Boşanmanın malî sonuçları yoksulluk nafakasını da kapsadığından artık tarafların ayrıca yoksulluk nafakasına ilişkin talepte bulunmaları da söz konusu olmayacaktır.

Ortak hayatın yeniden kurulamamasına dayalı boşanmalarda hâkimin bu evliliğin temelinden sarsılıp satılmadığını araştırma yükümlülüğü ve yetkisi yoktur¹¹⁹³. Dolayısıyla hâkim herhangi bir tarafın kusurunun olup olmadığı hususunda araştırma yapmadan boşanma hususunda karar vermelidir. Bu hususta bir takdir yetkisi yoktur¹¹⁹⁴. Boşanma kararı verilmesinde her ne kadar kusur incelemesi yapılmayacak ise de; ferî nitelikli talepler açısından yine kusur incelemesi yapılması gerekir¹¹⁹⁵. Buna göre her iki eşinde kusurunun birbirine eşit olması ya da talepte bulunan eşin daha az kusurlu olması hallerinde yoksulluk nafakası

¹¹⁹⁰ Bu konuda geniş bilgi için bkz (Üçüncü Bölüm, §8, III, B).

¹¹⁹¹ Bu konuda geniş bilgi için bkz (Üçüncü Bölüm, §8, III, B).

¹¹⁹² YHGK.,E. 2010/614, K. 2010/597, T. 10.11.2010; “...davalının başka kadınlar ile ilişkisi bulunduğu, bu nedenle taraflar arasındaki evlilik birliğinin tekrar bir araya gelemeyecekleri derecede temelinden sarsıldığı ve davalının sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışı nedeni ile tam kusurlu olduğu, davacıya atfî kabil herhangi bir kusurun bulunmadığı gerekçesi ile; davacı kadının davasının kabulü ile tarafların boşanmalarına, davacı lehine maddî ve manevî tazminat ile yoksulluk nafakasına hükmedilmiştir”.

¹¹⁹³ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 127.

¹¹⁹⁴ İpek, s. 122; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 127.

¹¹⁹⁵ İpek, s. 124; Bu konuda geniş bilgi için bkz (Üçüncü Bölüm, §8, III, B).

isteyebilecektir¹¹⁹⁶. Dolayısıyla ortak hayatın yeniden kurulamaması nedeniyle açılan boşanma davalarında yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için yine kusur incelemesi yapılmalıdır.

3.2.3. Kusur ilkesine Dayanan/Dayanmayan Boşanma Sebeplerinin Boşanmanın Eşler Bakımından Kişisel Sonuçlarına Etkilerinin Karşılaştırması

Yukarıda açıklandığı üzere boşanmanın eşler bakımından kişisel sonuçları; evlilik birliğinin sona ermesi, kadının bekleme süresinin başlaması, kadının evlenmeden önceki soyadını tekrar kullanması, eşlerin birbirlerinden olan alacaklarına ilişkin zamanaşımı süresinin başlaması, boşanan eşlerin birbirlerine eş olmaları dolayısıyla mirasçı olmalarının son bulması ile boşanan eşlerin evlilik ile kazanmış oldukları kişisel durumun ve vatandaşlığın korunmasıdır.

Eşler ister kusura dayanan zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme veya terk nedeniyle boşanma davası açsınlar, ister eşlerden biri akıl hastası olsun, ister evlilik birliği sarsılmış olsun, isterse de ortak hayatın kurulamaması sebebiyle veya anlaşarak boşanmış olsunlar sonuçta hâkimin vereceği boşanma kararı ile eşler arasında kurulmuş olan evlilik bağı sona ermektedir. Sonuç olarak boşanma kararı ile eşler boşanma sebebinde kusurlu olsalar da olmasalar da boşanmayı isteyen taraf içinde istemeyen taraf içinde evlilik birliği sona ermektedir.

Kadının soyadının değişmesi boşanma kararı ile kendiliğinden meydana gelir. Hâkimin kadının eski soyadını kullanabilmesi için ayrıca karar vermesine gerek yoktur. Boşanma sebebi ve tarafların kusurlu olup olmadığı fark etmeksizin kadın kural olarak artık eski kocasının soyadını kullanamayacak; istisna olarak buna izin verilebilecektir.

Eşlerin birbirlerinden olan alacakları için zamanaşımının tekrar başlamasında eşlerin boşanma sebebinin kusura dayanıp dayanmamasının hiçbir önemi yoktur. Hâkimin, eşlerin birbirlerinden olan alacakları için zamanaşımının tekrar başlaması hakkında ayrıca karar vermesine de gerek yoktur. Boşanma hangi sebeple gerçekleşirse gerçekleşsin tarafların kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın zamanaşımı işlemeye başlayacaktır.

¹¹⁹⁶ Ceylan (2006), s. 111; İpek, s. 126.

Eşlerin evlilik dolayısıyla elde ettikleri mirasçılık haklarının sona ermesinde de tarafların boşanma sebebinde kusurlu olup olmamasının kural olarak hiçbir önemi bulunmamaktadır. Fakat ölen eşin mirasçılarının boşanma davasına devam etmesi hâlinde mirasçılık haklarının sona ermesinde boşanma sebebinde kusurun etkisi görülmektedir.

Boşanma sonucunda evlilik ile kazanılan vatandaşlık korunduğu gibi, evlenmeyle elde edilen kişisel durumlar da devam eder. Boşanmada sebebinde kusurlu olup olmamanın evlenme ile kazanılan kişisel durumlar üzerinde de hiçbir etkisi yoktur.

Kusur ilkesine dayanan zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme ile terk sebeplerine dayanarak boşanma davası açabilmesi için diğer eşin kusurlu olması gerekiyor ise de; boşanmanın kişisel sonuçları bakımından davalı tarafın kusurunun bir önemi olmadığı görülmektedir.

Benzer şekilde; akıl hastalığı, evlilik birliğinin sarsılması, anlaşmalı boşanma, ortak hayatın yeniden kurulamaması sebepleriyle boşanma davasının açılması hâlinde de boşanmanın kişisel sonuçları bakımından tarafların kusurunun bir önemi yoktur.

Sonuç olarak; Türk Medeni Kanunu'nda belirtilen boşanmaya bağlanan kişisel sonuçların, evliliğin kusura dayalı olan ya da olmayan boşanma sebeplerinden biri ile sona ermesi hâlinde eşler kusurlu olsalar da olmasalar da yine meydana geldiği görülmektedir. Boşanmaya ilişkin kişisel sonuçların, eşin mirasçılarınca karşı tarafın kusurunu ispat ederek mirasçılık haklarını sona erdirme konusu dışında; boşanma sebebinin ve tarafların kusurlu olmasının bir önemi olmadığı söylenebilir.

3.2.4. Kusur ilkesine Dayanan/ Dayanmayan Boşanma Sebeplerinin Boşanmanın Eşler Bakımından Malî Sonuçlarına Etkilerinin Karşılaştırması

3.2.4.1. Mal Rejiminin Tasfiyesi

Boşanma hâlinde, eşlerin Kanun gereği belirlenen veya sözleşme ile kabul ettikleri mal rejiminin tasfiyesi; eşler anlaşma ile bir mal rejimi belirlemişler ise bu mal rejimine göre; mal

rejimi anlaşması yok ise yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi hükümleri çerçevesinde tasfiye yapılacaktır¹¹⁹⁷(md.202/1).

Kusur ilkesine dayanan zina ve hayata kast nedeniyle boşanma hâllerinde Kanun hakkaniyete uygun olarak hâkimin mal rejiminin tasfiyesine müdahâlesini öngörmektedir. Bunun yanında bütün kusur ilkesine dayanan boşanma sebeplerinde hâkime aynı takdir hakkı verilmemiştir. Bu nedenlerle zina ve hayata kast nedeniyle boşanma hâllerinde kusur incelemesi yapılması gerekirken, bunlar dışındaki boşanma sebepleri açısından kusur incelemesi yapılması gerekmemektedir.

3.2.4.2. Maddî Tazminat

Boşanma yüzünden maddî tazminat istenebilmesi için tazminat istenen tarafın kusurlu olması, talepte bulunabilmek için ‘kusursuz veya daha az kusurlu’ olmak gerekir. Maddî tazminat tamamen kusura bağlı boşanmanın malî bir sonucudur.

O hâlde boşanmanın kusur ilkesine dayalı olduğu zina, hayata kast ve pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme ile terk boşanma sebeplerinde boşanmaya karar verilmesi ile kusur şartı sağlandığından, maddî tazminat talep edilebilecektir. Kusura dayanmayan boşanma sebeplerinden olan akıl hastalığında, akıl hastasının kısıtlanıp kısıtlanmadığına göre bir ayırım yapmak gerekmektedir. Kısıtlanmamış akıl hastası aleyhine kusurlu davranışı olması hâlinde maddî tazminata hükmedilebilirken; kısıtlanmış akıl hastası hakkında maddî tazminata hükmedilemez. Evlilik birliğinin sarsılması ve ortak hayatın yeniden kurulamaması sebepleriyle açılan boşanma davalarında evlilik birliğinin sarsılmasına sebep olan taraflardan birinin kusurlu davranışı ise maddî tazminata hükmedilebilecektir. Anlaşmalı boşanmada boşanmanın malî sonuçları hakkında taraflar hâkiminde uygun bulacağı bir anlaşma yaptıkları için kusur incelemesi yapılmaz ve ayrıca maddî tazminata hükmedilemez.

¹¹⁹⁷ Dural/ Ögüz/ Gümü, s. 138.

3.2.4.3. Manevî Tazminat

Manevî tazminatın kişilik haklarının saldırıya uğraması dolayısıyla talep edilmesi dışında kusurun hem maddi hem manevi tazminata etkileri de aynıdır. Bu nedenle yukarıda (3) açıklanan maddî tazminat bölümüne atıf yapmakla yetiniyoruz.

3.2.4.4. Yoksulluk Nafakası

Hâkimin yoksulluk nafakasına hükmedebilmesi için talepte bulunan taraf boşanma sebebinde kusursuz ya da diğer taraftan daha az kusurlu olmalıdır. O hâlde talepte bulunan tarafın daha az kusurlu olmasının yanında boşanan tarafların her ikisinin de kusursuz ya da eşit kusurlu olması hâlinde yine yoksulluk nafakasına hükmedilebilmektedir.¹¹⁹⁸ Kanunda yer alan düzenlemeden yoksulluk nafakasına karar verilebilmesi için kusur incelemesinin yapılmak zorunda olduğu sonucuna varılabilir. Kusura dayanan boşanma sebeplerinden biriyle boşanmaya karar verilmesi hâlinde yoksulluk nafakasına da hükmedilebilir. Evlilik birliğinin sarsılması ve ortak hayatın yeniden kurulamaması hallerinde de boşanma sebeplerinde taraflardan birine kusur atfedilebileceği için kusuru daha az veya eşit olan taraf lehine yoksulluk nafakasına hükmedilebilecektir. Bu nedenle en azından kusuru daha ağır olan tarafın tespiti için kusur incelemesi yapılmalıdır. Akıl hastalığı hâlinde ise kural olarak akıl hastasının davranışları iradi olamaz. Bu hâlde nafaka isteyecek diğer taraf için kusursuz olma koşulu aranacağından; diğer taraf için kusur incelemesi yapılmalıdır. Fakat akıl hastalığı vesayet altına alınmayı gerektirmeyecek nitelikte ise her iki eş için kusur incelemesi yapılması gerekecektir.

3.2.4.5. Ölüme Bağlı Tasarruflarla Sağlanan Hakların Akıbeti

Evliliğin boşanma ile sonuçlanması durumunda eşler kusurlu olup olmamalarına bakılmaksızın ölüme bağlı tasarruf ile kazandırılan hakları kaybederler. Boşanma davası sırasında tasarrufta bulunanın eşin ölmesi hâlinde tasarrufta bulunanın mirasçılara davaya devam etme ve sağ kalan eşin kusurunu ispatlamaları hâlinde ölüme bağlı tasarruf ile diğer tarafın elde ettiği kazanımlardan yoksun bırakma imkânlarının olduğu görülmektedir. Dolayısıyla sağ kalan eşin ölüme bağlı kazanımlardan yararlanabilmesi için davaya devam edilmesi hâlinde kusur incelemesini gerekli kılmaktadır. Tarafların miras haklarının sona

¹¹⁹⁸ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 151.

ermesi ile ölüme bağlı tasarruflar üzerinde kusurun etkileri de aynıdır. Bu nedenle yukarıda eşlerin mirasçılığının sona ermesinin anlatıldığı bölümüne atıf yapmakla yetiniyoruz¹¹⁹⁹.

Boşanma davalarında kusur ilkesinin sıkı sıkıya uygulanması eşler arasında fikri anlamda bitmiş evliliklerin yasal olarak devam etmesi zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır. Evlilik birliği ile sosyal, kültürel ve psikolojik yönden sağlıklı bireylerin yetişmesini ve yaşamasını sağlamak amaçlanmaktadır. Bunu sağlamanın kaçınılmaz koşulu da aile birliklerinin sosyal, kültürel ve psikolojik yönden sağlıklı olmasıdır. Her aile birliğinde gerek eşlerin gerek çocukların yaşamasını mümkün kılacak sağlıklı ortam sağlanamamaktadır. Bu da eşler arasında fikren aile birliğini bitirmektedir. Bu durumda toplumun temel taşı olarak kabul edilen aileden beklenen faydanın sağlanmasından ziyade zararlı birlikteliklere dönüşmesine sebep olmaktadır.

Kusur ilkesinin çok katı bir şekilde uygulanması hâlinde katolik inancında olan boşanmayı tamamen yasaklayan sisteme benzer sistem fiilen kurulmuş olmaktadır. Eşler evlenme ile birbirlerine ve varsa çocuklarına karşı hak ve yükümlülükler üstlenmektedirler. Psikolojik ve sosyolojik yapısı olan insanın bu hak ve yükümlülüklerinin, borç ilişkisinden kaynaklanan yükümlülükleri ile eşdeğer tutulmaması gerekir. Evlilik içerisinde eşlerin malî yükümlülükler kadar manevî yönden de birbirlerine destek olma yükümlülükleri vardır. Fakat bu yükümlülüklerin sınırları hiçbir zaman kişilik haklarını tekel altına alacak kadar ileri götürmemelidir. Türk Medeni Kanunu'nda eşler hakkında getirilen yükümlülüklerin amacı da zaten bu olmasa gerekir. Dolayısıyla psikolojik ve sosyolojik olarak bir arada yaşaması artık mümkün olmayan kişilerin sadece kusurlu davranışları olmaması dolayısıyla bir arada yaşamaya zorlanması adalet duygusuyla bağdaşmayacağı gibi; evlilik birliği ile amaçlanan yarardan daha çok zarara sebep olacaktır. Haluk Burcuoğlu'nun görüşlerinde belirttiği gibi bir arada yaşama imkânı kalmamış eşlerin evliliğini devam ettirmeye zorlanması ile varılacak tek sonuç onların cezalandırılması olacaktır. Evlilik birliğinin sarsılması temeline dayalı boşanma sebeplerinin düzenlendiği 166/1, 3, 4 de ise boşanmada kusur aranmaması ile bu sakıncanın giderildiği görülmektedir.

Dolayısıyla TMK161, 162, 163 ve 164 maddelerde düzenlenen kusura dayalı boşanma sebeplerinin fonksiyonlarını kaybettikleri görünmektedir.

¹¹⁹⁹ Bu konuda geniş bilgi için bkz (Üçüncü Bölüm, §8, III, A, 4).

Boşanma davasının özel bir sebebe dayanılarak açılmasının boşanmanın kişisel sonuçları bakımından bir farklılık yaratmadığı, dolayısı ile Kanunda ki özel sebeplere dayalı düzenlemenin davanın kişisel sonuçları bakımından da gerekmediği kanaatindeyim.



SONUÇ

Boşanma sadece hukuki bir konu değil; aynı zamanda eşlerin ve çocukların hayatlarında köklü değişikliklere sebep olan toplumsal, sosyolojik ve psikolojik bir konudur. Boşanmayı sadece bir hukuki ilişkinin sona erdirildiği, malî bazı hakların elde edildiği veya yeni yükümlülüklerin çerçevesinin belirlendiği usul işlemleri olarak değerlendirmemek gerekir. Aile birliği içinde olmasalar da boşanan tarafların toplum içinde sosyolojik ve psikolojik olarak sağlıklı bireyler olarak yaşamalarına katkı sağlamak boşanma davalarının asli amaçlarından biridir. Bu nedenle toplumun temel yapısı olarak görülen aile birliğinin sona erdirilmesine karar verilirken boşanmanın bu niteliği göz ardı edilmemelidir.

Boşanma davalarında görülen en önemli meselelerden biri davaların uzun sürmesi ve buna bağlı olarak ortaya çıkan sorunlardır. Çalışmamızın amacı da boşanma davalarının uzun sürmesine TMK'nın düzenleniş tarzının etkilerini, boşanma davalarının konu bakımından kapsamının etkilerini ve kusur ilkesinin etkilerini incelemek, bu etkiler altında davaların uzun sürmesinin oluşturduğu sorunları tespit etmek ve sorunların çözümüne öneriler sunmaktır.

Hukuk sistemimizde boşanma, akıl hastalığı hariç kusura dayalı özel boşanma sebepleri ve kusura dayanmayan evlilik birliğinin sarsılması temeline göre düzenlenmiştir. Boşanmanın eşler bakımından sonuçlarına bakıldığında ise kişisel ve malî sonuçları olduğu görülür. Tarafların kusurlu olup olmamasının boşanmanın kişisel sonuçları bakımından bir etkisi yokken, malî sonuçları bakımından kusurlu olup olmamak ve kusurun derecesi etkilidir. Boşanma sebeplerinin kusura dayalı özel sebepler ve kusura dayanmayan evlilik birliğinin sarsılmasına dayanan sebepler şeklinde sınıflandırma yapılmasına rağmen, sadece kusura dayalı boşanma sebeplerinde değil; evliliğin sarsılması ve fiilî ayrılığa dayalı boşanma sebeplerinde de boşanmanın malî sonuçları hakkında karar verilirken tarafların kusurlu olup olmadıklarının ve kusur derecelerinin dikkate alınması zorunludur. Bu da esas itibarıyla kusurun boşanmanın sebepleri bakımından değil; sadece malî sonuçları bakımından dikkate alınması gerektiğini göstermektedir. Bütün bu hususlar boşanmanın sonuçları dikkate alınarak kusurun dikkate alınmadığı kişisel sonuçları ve kusurun dikkate alındığı malî sonuçları göz önünde tutularak düzenlenme yapılmasını gerekli kılmaktadır.

Boşanma davalarının eşler ve çocuklar bakımından hem kişisel hem de malî sonuçlar meydana getirmesi, davaların kapsamını oldukça genişletmektedir. Bu davalarda malî haklara

ilişkin kararların verilebilmesi için, tarafların gelirleri, çalışma imkânları, tarafların boşanma yüzünden uğradıkları zarar, mal varlıklarının tasfiyesi, eşlerin birbirlerine sağladıkları katkının miktarı gibi birçok malî unsurun incelenmesini zorunlu kılmaktadır. Ayrıca çocuğun kişisel ilişkileri ve velâyeti hususunda karar verilebilmesi de çocuğun menfaatinin titizlikle belirlenmesini gerektirmektedir. Bütün bu konuların incelenmek zorunda olması boşanma davalarında sürenin uzamasının sebeplerinden biridir. Ayrıca TMK’da kusura dayalı boşanma sebeplerine yer verilmiş olması kusura dayalı boşanma sebepleri bakımından hem boşanma sebepleri hem de malî sonuçlara ilişkin tarafların kusurluluk incelemesine tabi tutulmasını zorunlu kılmaktadır. Tarafların kusur incelemesine tabi tutulması da boşanma davalarının uzun sürmesinin bir başka sebebidir.

Davaların uzun sürmesi boşanmanın kişisel sonuçlarına bağlı hakların kullanılmasını davanın sona ermesine, dolayısıyla malî haklarla ilgili araştırmanın yapıp karar verilmesine kadar ertelemek zorunda kalınmasına sebep olmaktadır. Ayrıca boşanma davası sırasında alınan geçici tedbirler ile taraflardan birini yıllar boyunca tedbir nafakası ödemesine ya da diğer malî hakları üzerinde getirilecek sınırlamalar dolayısıyla bu haklar üzerinde gerektiği gibi tasarrufta bulunamamasına sebep olmaktadır. Kusur incelemesi yapılmaksızın zina eden, haysiyetsiz hayat süren, hayata kast, pek kötü ve onur kırıcı davranışta bulunan eş lehine hâkim tarafından tedbir nafakasına hükmedilmesi durumunda lehine tedbir nafakasına hükmedilen eş, kusurlu olmasına rağmen boşanma davasının çok uzun sürmesi nedeniyle bir nevi ödüllendirilmektedir. Bunun yanında dava sona erene kadar hukuken de olsa tarafların evli olması dolayısıyla, özellikle zina eden, haysiyetsiz hayat süren, onur kırıcı davranışta bulunan diğer eşin -boşanma davalarının özellikle malî sonuçlarına ilişkin kararların uzun yıllar boyunca çözüme kavuşmadığı da dikkate alındığında- kişilik haklarının daha çok zedelenmesi sonucuna maruz kalabilmektedir.

Günümüzde insanların aile birliğinin değerlerinden uzaklaşarak giderek daha bireyci yaşamı tercih ettiği ve maalesef aile birliği dışında toplumumuzun ahlâk anlayışına aykırı yaşam oranının arttığı gözlenmektedir. Toplumlar için en büyük tehlikelerden biri olan bu yaşam tarzının engellenebilmesinin yolu zihinsel olarak bitmiş ailelerin yıllar boyu mahkemelerde boşanma davaları ile uğraştırılması değildir. Bu yaklaşım tarzı maalesef eşlerin aile dışı ilişkiler yaşamalarını giderek yaygınlaştırmakta ve maalesef olağanlaştırmaktadır. Toplumun en küçük yapısı olarak kabul edilen aile içinde bu tarz yaşama şahit olan çocuklarda aynı sağlıksız yapıya sahip değerlerle büyümektedir. Konuya ilişkin birçok sosyolojik çözüm

önerileri üretilebilirse de boşanma hükümleri açısından bakıldığında, boşanmayı sıradanlaştırmadan ve özendirmeden zihinsel olarak bitmiş evliliklere makul ama en hızlı şekilde son verilerek eşlerin yeniden mutlu olabilecekleri aile birlikleri kurmalarına katkı sağlayacak hukuki düzenlemeler yapılması, oluşan bu toplumsal soruna bir çözüm olabilecektir.

Zina, eşlerden birinin diğerinin hayatına kast etmesi veya pek kötü davranması ya da ağır derece onur kırıcı davranışta bulunulması ve terk, yasal koşullar gerçekleştiğinde başkaca hiçbir koşul aranmaksızın mutlak olarak boşanmayı sağlayan özel boşanma sebepleridir. Bu hükümlerde belirtilen olayların evlilik birliğini derin ve onarılamaz bir şekilde sarstığı yasa koyucu tarafından baştan karine olarak kabul edilmiştir. Kanun koyucuya göre bu sebeplerde ki evlilik birliğini sarsıcı etki o kadar ağırdır ki araştırılmasına bile gerek yoktur. Bunun yanında suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme hâlinde “*onunla birlikte yaşaması diğer eşten beklenemezse*”, akıl hastalığı hâlinde “*ortak hayat diğer eş için çekilmez hâle gelirse*” denilmek suretiyle evlilik birliğinin sarsılması hâlinde boşanmaya karar verileceği görülmektedir. Bunun yanında anlaşmalı boşanma hâlinde tarafların anlaşması, fiilî ayrılık hâlinde önceki boşanma davasına ilişkin verilen ret kararının kesinleşmesinden itibaren üç yıl içinde evlilik birliğinin kurulamamış olması, evlilik birliğinin sarsıldığına karine kabul edilmektedir. Böylelikle aslında bütün boşanma sebeplerinin altında evlilik birliğinin sarsıldığı fikrinin kabulü olduğu görülmektedir.

TMK’nın özel boşanma sebeplerinde öngörülen aynı vakıaların bütün evlilik birlikleri için aynı sonuçlara sebep olacağı fikriyle düzenlendiği görülmektedir. Özel boşanma sebeplerinin gerçekleşmiş olmasının her evlilik birliğinde aynı etkiye sebep olacağı sonucuna varmak ise insanların değer yargılarının, yaşam tarzlarının, sosyal, kültürel ve psikolojik farklılıklara sahip olduklarının da inkârı olur. Dolayısıyla insanların yaşam tarzları, sosyal, kültürel ve psikolojik farklılıklara sahip olmaları, boşanmaya sebep olacak ister özel ister genel boşanma sebeplerinin, evlilik birliği üzerinde oluşturacağı etkinin özenle dikkate alınmasını zorunlu kılar. Özel boşanma sebeplerinde, öngörülen vakıanın gerçekleşmesi temel alındığından hâkimin takdir yetkisi oldukça kısıtlanmaktadır. Oysaki özel boşanma sebeplerinde öngörülen vakıanın her evlilik birliğinde meydana getirdiği etkinin dikkate alınması hakkaniyete daha uygun karar verilmesini sağlayacaktır. Hâkim evlilik birliğinin sarsılması sebebi ile görülen her bir boşanma davasında yaptığı gibi zina, hayata kast, pek kötü ya da ağır derece onur kırıcı davranış veya terk hâlinde de belirtilen vakıaların evlilik birliği

üzerinde etkilerini geniş takdir yetkisini kullanarak pekâlâ belirleyebilir ve bu alan hâkimin takdir alanına bırakılmalıdır.

Bütün boşanma sebeplerinin altında evlilik birliğinin sarsıldığının kabulü olduğuna göre özel boşanma sebeplerinin mevzuattan çıkarılarak bu sebeplerinde evlilik birliğinin sarsılması kapsamına alınması uygulamada bir boşluğa sebep olmayacaktır. Özel boşanma sebeplerinin koşulları tam olarak gerçekleşmediğinde ya da gerçekleşmekle birlikte ispat edilemediğinde özel boşanma sebebine dayanılarak boşanma kararı verilememektedir. Özel boşanma sebeplerinde belirtilen vakıaların sadece tam olarak gerçekleşmiş olması hâlinde değil; bazı unsurlarında eksiklik bulunması hâlinde dahi evlilik birliğinin sarsılması nedeniyle boşanmaya hükmedilebilmektedir. Kaldı ki uygulamada davalar terditli olarak açılmakta ve çoğu zaman özel koşulun sağlanmadığı, ya da ispatlanamadığı gerekçesiyle evlilik birliğinin sarsılması nedeniyle boşanmaya karar verildiği görülmektedir. Evlilik birliğinin sona erdirilmesi ve boşanmanın diğer kişisel sonuçları bakımından özel boşanma sebeplerinin kaldırılması hâlinde uygulamada boşluk oluşması mümkün değildir. Aksine evlilik birliğinin sarsılmasına dayanan boşanmalarda hâkimlere tanınan geniş takdir yetkisi ile özel boşanma sebeplerinin koşullarının tam olarak gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırması ve tarafları bunu ispat külfetinden de kurtaracaktır.

Maddî tazminat, manevî tazminat ve yoksulluk nafakasının boşanma davası ile birlikte ve boşanma davasından sonra istenilmesi mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde mümkündür. Boşanma davasından sonra maddî tazminat, manevî tazminat ile yoksulluk nafakası istenmesi imkânının olması; boşanma davasının kişisel sonuçlarının ayrı dava ile malî sonuçlarının ayrı dava ile görülmesinin mümkün olabileceğine kanıt niteliğindedir.

Maddî tazminat, manevî tazminat ve yoksulluk nafakasına ilişkin taleplerin boşanma davasından sonraya bırakılması hâlinde dahi hak sahibinin dava sırasında alınan geçici tedbir kararlarıyla hiçbir malî kaybı olmamaktadır. Boşanma veya ayrılık davası açıldığında eşlerden hangisinin konuttan ve ev eşyasından yararlanacağına, hangisinin diğer eşin ve çocukların geçimine katkı sağlayacağına tarafların talepleri ile ya da hâkim re'sen hareket ederek karar vermektedir. Yani dava açıldığında hâkim, hangi tarafın kusurlu olduğuna dahi bakmaksızın konuttan ve eşyalardan yararlanma, malların idaresi ve diğer eşin ve varsa çocukların geçimine katkı gibi malî konularda tedbir mahiyetinde karar vermektedir. Esas olarak boşanma davalarının uzun sürmesinin sebebi olan; boşanmanın malî sonuçları hakkında dava devam

ederken tedbir mahiyetindeki kararlar ile nisbi çözüm bulunmaktadır. Fakat davaların uzun sürmesi ile neredeyse hiç çözüm üretilmeden sürüncemede kalan daha ziyade evliliğin devam etmesi gibi boşanmanın kişisel sonuçlarına ilişkin hususlardır.

Sebebi her ne olursa olsun, boşanma davası ile asıl hedeflenen birlikte yaşama imkânları kalmamış eşlerin yeniden kendilerine bir hayat kurmalarına imkân sağlamak olduğuna göre; tarafların aradığı hukuki çözümü sürüncemede bırakmadan sağlamak gerekir.

Boşanmanın kişisel ve malî sonuçları incelendiğinde kusurun, boşanmanın kişisel sonuçları üzerinde neredeyse hiç etkisi olmadığı görülür. Buna rağmen kusura dayalı boşanma sebepleri boşanmanın sadece malî sonuçları üzerinde değil; kişisel sonuçları bakımından da karar verilebilmesi için kusur incelemesine bağlı kalmayı zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle boşanmanın kişisel sonuçları bakımından da kusur incelemesi yapmayı gerektiren boşanmanın özel sebeplerinin kaldırılarak sadece evlilik birliğinin temelinden sarsılması esasına dayalı düzenlemelere yer verilmelidir. Maddî tazminat, manevî tazminat, yoksulluk nafakası ve mal rejiminin tasfiyesi gibi malî sonuçlar bakımından ise yine aile hukuku prensipleri çerçevesinde kusur araştırması yapılması gerekecektir. Fakat malî sonuçlar bakımından görülecek davada yapılacak kusur incelemesi evlilik birliğinin sonlandırılmasında değil; boşanmanın malî sonuçlarının belirlenmesinde esas alınmalıdır.

Boşanma sistemimizde ki uygulamanın sonucu olarak boşanmanın hem kişisel hem malî sonuçları birlikte hükme bağlandığından kişisel sonuçlar bakımından yeterli delillere ulaşılmış olmasına rağmen malî sorunların çözüme bağlanması beklenmektedir. Boşanmanın en önemli kişisel sonucu boşanmaya hükmedilmesi yani evlilik birliğinin sonlandırılmasıdır. Mevcut yasal düzenlemelerin uygulanması sonucu hâkimin evlilik birliğinin sona erdirilmesi hususunda kanaate varmasına rağmen, bu hususta malî sonuçlardan ayrı karar vermesi mümkün değildir. Bu nedenle boşanmanın kişisel sonuçları hakkında karar verilmesi boşanmaya ilişkin bütün malî uyuşmazlıklarla ilgili karar verilene kadar beklemesini zorunlu kılmaktadır. Oysaki mağdur olan eşin, zina etmiş veya hayatına kast etmiş eşle sadece hukuki olarak olsa bile boşanmanın malî sonuçları hakkında karar verilene kadar geçecek uzun süre -ki ortalama beş ile altı yıl- boyunca evlilik birliği içinde kalmaya zorlanmaması gerekir.

Maddî tazminata, manevî tazminata ve yoksulluk nafakasına ancak davada boşanmaya karar verilmesi hâlinde karar verilebilecektir. Özellikle maddî zararın meydana gelip gelmediği

ve eşlerden birinin yoksulluğa düşüp düşmediği de mal rejiminin tasfiyesinden sonra belirlenebilecektir. Bu da göstermektedir ki; boşanmanın malî sonuçları, zaten hâkimin boşanmanın kişisel sonuçlarından olan evlilik bağının sona erdirilmesi hususunda kanaate varmasından sonra ele alınmaktadır. Aynı şekilde maddî ve manevî zararın varlığı, miktarı ve giderim tarzı ancak evlilik bağının sona ermesinden sonra değerlendirmeye alınabilecektir. Bu da göstermektedir ki; boşanma davasının kişisel ve maddî sonuçlarının birbirinden ayrılması, görüşü, pratikte zaten uygulanmak zorunda olan dava aşamasıdır.

Boşanmanın sonuçlarından olan boşanan eşlerin tekrar evlenme hakkını elde etmesi, kadının bekleme süresinin başlaması, önceki soyadını tekrar kullanması, eşlerin birbirlerinden olan alacakları hakkında zaman aşımının başlaması, evlilikten doğan mirasçılık haklarının sona ermesine ilişkin hallerde kusurun hiçbir öneminin olmadığı görülmektedir.

Boşanmada kusurun etkisine malî sonuçları bakımından bakıldığında ise kusurun, sadece özel boşanma sebepleri bakımından değil; evlilik birliğinin sarsılması ve fiilî ayrılık hâlinde de önem arz ettiği görülür. Evlilik birliğinde kusura bağlanan sonuçlar, kusurlu olanın tazminat, nafaka gibi malî yükümlülükler yüklenmesi ile sınırlı tutulmalı; eşler ancak karşılıklı güven, saygı, özveri vb. değerlerle yürütülebilecek evlilik birliğine mahkûm edilmemelidir. Sağlıklı bir şekilde yürüyen aile birliği, aile üyeleri ve toplum için ne kadar yararlı ise; kimin kusurlu olduğuna bakılmaksızın beklenen tüm fonksiyonlarını kaybetmiş evliliklerin de bir o kadar zararlı olacağı aşîkârdır. Bu nedenle kusur değerlendirmesi bakımından evlilik birliğinin sonlandırılması ile evlilik birliğinin sonlanmasından kaynaklanan malî yükümlülüklerin tamamen birbirinden ayrı değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyim.

Boşanmada malî sonuçlar bakımından kusurun dikkate alınmaması ise mümkün değildir. Boşanmanın malî sonuçları hakkında karar verilirken tarafların kusurluluğunun dikkate alınması demek; boşanmanın ilk sonucu olan “evliliğin sonlanması için” taraflardan birinin kusurlu olmasını aramak ya da kusursuz olsa dahi fikri olarak bitmiş bir evlilikteki eşi evliliğe devam etmeye mahkûm etme anlamına gelmemelidir. Aksi takdirde boşanmanın kişisel sonuçları ile ilgili olarak kusurun aranması tarafların cezalandırılması ile eşdeğer olacaktır.

Boşanmanın kişisel sonucu olan aile birliğinin sona ermesi bakımından zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme ve terk gibi

boşanma sebepleri her aile birliğinin sosyal ve kültürel değeri ile yaşam tarzları da dikkate alınarak evlilik birliğini sarsıp sarsmadığı bakımından incelenmelidir.

Boşanmaya ilişkin düzenlemelerden özel boşanma sebepleri kaldırılmalı ve evlilik birliğinin sarsılması sebepleri ile boşanma davaları görülmelidir. Boşanma davaları boşanmanın kişisel sonuçları bakımından ve çocuğun durumuna ilişkin konular ile eşler bakımından malî konuları kapsayacak şekilde ikiye ayrılmalıdır. Kişisel sonuçları kapsayacak davada tarafların kusuru dikkate alınmamalıdır. İlk davada davanın kabulü hâlinde evlilik birliğinin sona ermesinden dolayı tarafların kişisel haklarını kullanılmasının önündeki engel çok kısa süre içinde kaldırılmış olacaktır. Kişisel sonuçlar bakımından görülen davalar sonuçlandırıldıktan sonra malî sonuçlara ilişkin dava görülmelidir. Malî haklara ilişkin davada tarafların kusuru dikkate alınmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akkaya, T.** (2014) *Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar Veya Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk Ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı*, Sayı: 4, Ankara Barosu Dergisi, Sayfalar: 23- 61
- Akkaya, T.** (2017) *Medeni Usul Hukuku Bakımından Boşanma Davası*, Yetkin Yayınları, Ankara,
- Akıntürk, T./ Ateş, D.** (2016) *Medeni Hukuk*, 24. Baskı, İstanbul: Beta,
- Anıl, Y. Ş.** (2008) *Boşanma Sebebi Olarak – Evlilik Birliğinin Sarsılması – Geçimsizlik*, Beta Yayınevi, İstanbul,
- Ansay, T.** (1982) *Yabancı Boşanma İlamlarının Türkiye’de Tanınmasına İlişkin İlk Görüşler* , (2011), Milletlerarası Hukuk Ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 2, Sayı: 2, Sayfalar: 1 – 6
- Apaydın, E.** (2018), *Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1, Sayfalar: 445 – 476
- Aras, B.** (2007) *Aile Mahkemelerinde Yargılama Usulü Aile Mahkemelerinde Yargılama Usulü*, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 65, Sayı: 2, Bahar, Sayfalar, 158-178
- Aras, B.** (2011). *Boşanma Davalarında Yargılama Usulü Ve Aile Mahkemeleri*. Ankara: Adalet Yayınevi
- Arbek, Ö.** (2015) *Boşanmanın Mali Sonuçları*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 54, Sayı: 1, 2015 Sayfalar: 115- 163
- Arslan A. S.** (2010), *Türk Aile Mahkemelerinin Yapısı Ve Yargılama Usulü*, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1, Sayfalar: 187- 204
- Ataay, A. M.** (2011), *Boşanma Davasında Gayrı Mümeyyiz Olan Davacının Kanuni Temsili*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 25, Sayı 1-4, 1960, 193 – 213
- Atar, E. A.** (2016), *Nafakadan Feragat*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 3, Sayfalar: 251 – 267
- Atmaca Ülkü, H.** (2017) *Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma Protokolü*, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Doktora Tezi), İstanbul,
- Ayan, N.** (2007) *Terk Nedeniyle Boşanma*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Sayı: 1
- Aydın Ünver, T. A./ Dursun Karaahmetoğlu, Ş.** (2017) *Yargıtay Kararları Işığında Terk İhtarının Boşanma Sebeplerine Ve Manevi Tazminat Talebine Etkisi*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 75, Sayı 2, 587 – 608

- Badur, E./ Turan Başara, G.** (2016), *Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü Ve İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 65, Sayı 1, 101 – 136
- Belgesay, M. R.** (1952) *Kocanın Nafaka Mükellefiyeti Ve Mahkeme İçtihatlar*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 18, S. 3-4, Sayfalar: 708 – 721
- Berki, Ş.** (1975) *Boşanma Ve Ayrılık, Aühfd*, Cilt: 32, Sayı: 1, Sayfalar: 135 - 154,
- Berki, O. F.** (1942) *Türk Hususi Hukuku Düvelinde Boşanma Ve Ayrılık*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 8, Sayı: 1-2, Sayfalar: 101 – 190
- Birinci Uzun, T.** (2016) *Türk Medenî Kanunu'na Göre Velâyetin Kullanılması Ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada Ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli*, Hacettepe HFD, 6(1), 135–166
- Burcuoğlu, H.** (1983), *Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi Ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 48, Sayı: 1-4, Sayfalar:113 – 140
- Burcuoğlu, H.** (2018), *Boşanmada Kusur Ve Yoksulluk Nafakası İle İlgili Gözlemler*, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 2, Sayfalar. 1-6
- Camcı, Ö.** (1988) *Boşanma Tazminat Ve Yoksulluk Nafakası*, Kazancı Matbaacılık Sitesi, İstanbul
- Çakın, A.** (2007), *Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma*, Bilge Yayınevi, Ankara
- Çelebi, Ö.** (2021), *Cinsiyet Eşitliği Ve Çocuğun Üstün Yararının Kesişim Noktası Olarak Boşanmada Velâyetin Düzenlenmesi*, İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt 79, Sayı: 1, Sayfalar: 22 – 77
- Ceylan, E.** (2006) *Türk Ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları*
- Ceylan, E.** (2018). *İsviçre, Fransa, Belçika, İspanya Ve İtalya Hukukundaki Boşanma Sebeplerinin Türk Hukukuyla Mukayesesi Ve Değerlendirilmesi*, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 0-0. Doi: 10,18771/Mdergi.496807, Sayı: 12, Sayfalar: 315 – 334
- Corpus Web Mevzuat ve İçtihat Programı**
- Çiftçi, P.** (2014), *Boşanma Sisteminin Yargılamada Doğurduğu Temel Hak İhlalleri Ve İspat Sorunlar*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16, Sayı 0, 1741 – 1821
- Çörtoğlu Koca, S.** (2016), *Boşanma, Ayrılık Ve Evliliğin Butlanı Davaları İle Velâyete İlişkin Davalarda Milletlerarası Yetki Sorunu*, Ankara, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 2, Sayfalar:209- 268

- Dede, İ.** (2017), *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, Sayfalar: 643 – 664
- Demirbaş, A.** (2018). *Güncel Tartışmalarla Yoksulluk Nafakası*. İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(2), 219 – 236
- Demirbaş, F.** (2020), *Anlaşmalı Boşanma Protokolünün Taşınmazlar Üzerindeki Aynı Haklara İlişkin Hükümleri İle İlgili Bazı Hukuki Sorunlar*. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi(2), 559 – 598
- Doğan, H.** (2016), *Anayasa Mahkemesi'nin Türk Medeni Kanunu 181/1 Hükümüne İlişkin Karar İncelemesi*. İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, Sayfalar: 137 – 148
- Doğan, İ.** (2015) *Türk Medeni Kanununun Düzenlemelerine Göre Tedbir, Yoksulluk Ve İştirak Nafakası*, Mhb, Cilt: 35, Sayı: 1, Sayfalar: 59-95
- Dönmez, Ü/ Barın, T.** (2018), *Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 35, Sayfalar:175 – 210
- Dural, M./ Ögüz, T./ Gümüş M. A.** (2018) *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, Cilt: 11, 13. Bası, İstanbul, Filiz Kitapevi
- Ekşi, N.** (2013), *Yabancı Boşanma Kararının Türkiye'de Tanınması Davasının Mirasçılar Tarafından Açılabilirliğine İlişkin Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 3.4.2012 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi=Evaluation Of The Decision Of The Second Civil Division Of The Court Of Appe*, Milletlerarası Hukuk Ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 32, Sayı:1, Sayfalar: 33 – 50
- Ercan, İ.** (2014), *Medenî Usûl Ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı – XI, Hmk Çerçevesinde Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler*, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Mihbir Özel Sayısı, Cilt 4, Sayı 2
- Eren, F.** (2016) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara
- Erol, Y.** (2011) *Akl Hastalığına Dayalı Boşanma*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Sayı 1
- Ercoşkun Şenol, H. K.** (2021), *Türk Hukukunda Boşanma Hâlinde Ortak Velâyete Hükmedilip Hükmedilemeyeceği Sorunu*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 2, Sayfalar:754 – 765, S. 756
- Erlüle, F.** (2018), *Yargıtay Kararları Çerçevesinde Velayetin Kullanılması Kendisine Bırakılmayan Tarafın Çocuğu Ziyaret Hakkı*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9 Sayı: 2, Sayfalar: 259 – 284

- Erlüle, F.** (2021), *Alman, Avusturya Ve İsviçre Medeni Kanunlarında Yapılan Revizyonlar Ve Boşanmadan Sonra Birlikte Velayetin Kural Haline Gelmesi*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 2, Sayfalar: 555 – 576
- Esener, T.** (1951b), *Boşanmadan Mütevellit Maddî Veya Manevî Zararın Tazmini Ne Zamana Kadar Talep Edilebilir*, Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 08, Sayı: 1, Sayfalar, 652- 657
- Esener, T.** (1951a). *Boşanmanın Fer'i Neticelerine Dair Mukaveleler(Medenî Kanunumuzun 150 İnci Maddesinin 5 İnci Bendi Üzerinde Bir Tetkik*. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8 (3-4), 611-628
- Ersöz, O.** (2019) *4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Düzenlenen Boşanma Sebeplerine Genel Bakış, The Journal Of The Social Science*, Yıl: 3, Cilt: 3, Sayı: 5 / Sayfalar 230-247.
- Ersöz, O.** (2018a), *Suç İşleme Ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Sebebiyle Boşanma*, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 2, Sayfalar: 111 – 146
- Ersöz, O.** (2018b) *Yoksulluk Nafakasının Sona Ermesi*, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 6(12), 462- 509.
- Gençcan, Ö. U.** (2011) *Evlilik Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayıncılık,
- Gençcan, Ö. U.** (2020) *Boşanma Hukuku*, 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık
- Grassinger, G. E.** (1997) *Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları Ve Konu İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı*, İhfm Cilt: Lv, Sayı: 3, Sayfalar: 235- 242
- Gözütok, G.** (2019). *Terk Nedeniyle Boşanma*. Ankara: Seçkin Yayınevi
- Gümüş, M. A.** (2005), *Türk Hukukunda Yasal Mal Rejimi Olan Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Çerçevesinde Boşanma Davası; İştirak Nafakası; “Maddi Tazminat Ve/Veya Yoksulluk Nafakası” Ve/Veya Manevi Tazminat Talepleri İle Mal Rejiminin Tasfiyesi Talebi Arasındaki İlişki*, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: Ix, Sayı: 3-4, Sayfalar: 383 – 402
- Günay, B.** (2019) *Boşanmada Maddi Ve Manevi Tazminat*, Seçkin Yayıncılık, Ankara
- Gürzumar, A.** (1994), *Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri*, Milletlerarası Hukuk Ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 14, Sayı: 1-2, Sayfalar: 21 – 54,
- Hamzaçebi, M.** (2002) *Türk Medeni Kanununa Göre Boşanma Ve Ayrılık Hallerinde Tedbir, Yoksulluk Ve İştirak Nafakası (Düzenleniş Biçimi, Mukayesesi, Uygulamadaki Yeri Ve Değeri)* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 3-4
- Hatemi, H./ Kalkan Oğuztürk, B.** (2013). *Aile Hukuku (2 B.)*. İstanbul: Vedat Yayıncılık

- Hatemi, H./ Serozan, R.** (1993) *Aile Hukuku*, Filiz Kitapevi: İstanbul
- Helvacı, S./ Erlüle, F.** (2018) *Medeni Hukuk, -Medeni Hukuka Giriş, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku-* 5. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul,
- Huysal, B./ Süzen, B.** (2020), *Yabancılık Unsuru Taşıyan Boşanmaların Şekli*, Public And Private International Law Bulletin, Cilt: 40, Sayı: 2, Sayfalar: 1199 – 1222
- İnal, N.** *Boşanma Nafaka Davaları*, Vadi Grafik, Ankara
- İnce, N.** (2018), *Karşılaştırmalı Hukukta Ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velayet*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı:34, Sayfalar: 189 – 230
- İpek, A. İ.** (2008). *Türk Hukukunda Genel Boşanma Sebepleri (Son Tarihli Yayınlanmamış İçtihatlarla)*. Ankara: Seçkin Yayınevi
- Kandil, S.** (2006). *Türk Hukukunda Terk Nedeniyle Boşanma*. Ankara: Seçkin Yayınevi
- Kaşak, F. E.** (2020), *Zina Veya Hayata Kast Nedeniyle Artık Değerdeki Pay Oranının Azaltılması Veya Kaldırılması (Tmk M. 236/1)*, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 1, Sayfalar: 111 – 130
- Kayihan, Ş./ Ünlütepe, M.** (2017) *Medeni Hukuk Bilgisi*. 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi
- Kılınç, A. N.**_(2018), *Terk Sebebiyle Boşanmaya İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 13.03.2015 Tarihli Ve 2-1688/1032 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 36, Sayfalar: 197 – 210
- Kılıçoğlu, A. M.** (2004). *Medeni Kanun'umuzun Aile- Miras Ve Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*. Ankara: Turhan Kitapevi
- Kılıçoğlu, A. M.** (2013). *Boşanma Davasında Davacının Ölümü Hâlinde Mirasçılarının Davaya Devam Etmesi Hükmünün Anayasa Mahkemesince İptal Kararının Eleştirisi, Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan*, Ankara Üniversitesi Yayınları, Cilt: 1, No: 391, Sayfalar, 187- 195
- Kibar, A. F.** (2020). *Türk Hukukunda “Hayata Kast” Sebebi İle Boşanma Ve Doğurduğu Hukuki Sonuçların Değerlendirilmesi (Tmk Md. 162)*, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Sayı: 2, Sayfalar: 633 – 676
- Kocabaş, G.** (2013), *Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi Ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, Sayı 1, 357 – 392
- Koçoğlu, S.** (2021) *Boşanmanın Eşler Açısından Genel Sonuçları Bağlamında Yoksulluk Nafakasına İlişkin Değerlendirme*, Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 70, Sayı: 2, Sayfalar,389- 429

- Koyuncu Aktaş, N.** (2021), *Anlaşma Temeline Dayanan Boşanma Davalarında Hâkimin Yoksulluk Nafakasına Müdahalesi*, İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt: 79, Sayı: 3, Sayfalar: 761- 796
- Köprülü, B./ Kaneti, S.** (1985-1986), *Aile Hukuku*, İstanbul: Özlem Kardeşler Matbaası
- Kulaklı, E.** (2018), *Yoksulluk Nafakası Ve Yoksulluk Nafakasının Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi*, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 5, Sayı 2, 237 – 268
- Kurt, L. M.** (2018), *Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velâyet*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 2, 2018, 157 – 186
- Nomer, E.** (1984) *Rızai Boşanma Ve Kamu Düzeni*, Milletlerarası Hukuk Ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 4, Sayı: 2, Sayfalar: 94 – 98
- Nomer, H. N.** (2017), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Beta Basım Dağıtım, İstanbul
- Nomer, H. N.** (2021), *Anlaşmalı Boşanma Protokolünden Dönülebilir Mi?* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 2, Sayfalar: 583 – 591
- Oğuzman, M. K./ Barlas, N.** (2017) *Medeni Hukuk (Kişiler, Kaynaklar, Temel Kavramlar)*, Vedat Kitapçılık, 23. Baskı, İstanbul
- Oğuzman, M. K./ Öz, T.** (2018), *Borçlar Hukuku*, 2. Cilt, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul
- Oğuzman, M. K./ Seliçi, Ö/ Oktay Özdemir, S.** (2018). *Kişiler Hukuku (Gerçek Ve Tüzel Kişiler)*. İstanbul: Filiz Kitapevi
- Oktay Özdemir, S.** (2015) *Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı*, Mhb Cilt: 35, Sayı: 1, 29-46 <https://Dergipark.Org.Tr/Tr/Download/Article-File/410998>
- Oy, O.** (2008) *Boşanmanın Hukuki Neticeleri (Nafaka, Tazminat, Velayet, Mal Paylaşımı, Aile Konutu)*, Beta Basım Yayım, İstanbul
- Özgül, M. E.** (2021), *Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 29, Sayı: 3, Sayfalar: 2347 – 2385
- Pekmez, C.** (2021), *Tedbir Nafakasına İlişkin Güncel Yargıtay Kararlarının İncelenmesi* İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 1, Sayfalar: 141 – 160
- Ruhi, A. C.** (2013). *Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme İlamlarını Tanınması Ve Tenfizi*. Ankara: Seçkin Yayınevi
- Ruhi, A. C.** (2003), *Yabancı Ülke Mahkemelerinden Alınan Velâyet Konusundaki İlâmların Türkiye'de Tenfizi*, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VII, Sayı 3-4, Sayfalar, 721 – 756

- Sargın, E.** (2020), *Türk Hukukunda Anlaşılmalı Boşanmanın Şartları Üzerine Bir İnceleme*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 28, Sayı 1, 349 – 387
- Saymen, F. H.** (1940) *Kimler Manevi Tazminat Talep Edebilir*, Dergipark Cilt: 6, Sayı:1, Sayfalar:126-145
- Schwabz, P./ Mimaroglu, S. K.** (1963). İsviçre Ve Türkiye’de Gayri Muayyen Boşanma Sebepleri. *Ankara Üniversitesi Sbf Dergisi*, 18 (02), 329- 350
- Seçer, Ö.** (2016), *Anlaşılmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 2, Sayfalar: 259 – 286
- Serdar, İ.** (2007), *Kişisel İlişki Kurma Hakkı*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Özel Sayı, Sayfalar: 739 – 781
- Sonat, K. A.** (2013), *Ana Babanın Eğitimi Devam Eden Ergin Çocuğa Karşı Nafaka Yükümlülüğü*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 1, Sayfalar: 235 – 292
- Şahin, M.** (2017). *Türk – İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları (Tmk M. 175 – Zgb M. 125)* . Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21(3), 75 – 108
- Şensoy, N.** (1942), *Zina Cürmü*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 8, Sayı: 1-2, Sayfalar: 73 – 100
- Taş Korkmaz, H.** (2014), *Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Bu Sıfatla Mirasçılığına Son Vermek Amacıyla Mirasçılar Tarafından Davaya Devam Edilmesi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sayfalar: 1413- 1482
- Tekben, T.** (2021), *Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebine Dayalı Boşanma Üzerine Bir İnceleme*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 2, Sayfalar:1077 – 1130,
- Tekçe Barut, F. N.** (2021), *Boşanma Sebebinde Terdit*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 20, Sayı 41, 972 – 983
- Tekin, H. N.** (2019). *Anlaşılmalı Boşanma*. Ankara: Seçkin Yayınevi
- Temiz, Y.** (2014), *Türk İslam Hukukundan Günümüze "Zina"*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 2, Sayfalar: 489 – 514
- Tutumlu, M. A.** (2009). *Teorik Ve Pratik Boşanma Hukuku Yargılaması*. Ankara: Seçkin Yayınevi
- Topuz, S.** (2012), *Bosanma Davasında Sağ Kalan Eşin Mirasçılık Sıfatını Kaybetmesinin (Tmk M.181 F.2) Miras Hakkını Koruyan Anayasa'nın 35. Maddesi Yönünden İncelenmesi* = (An Assessment Of Article 181, Paragraph 2 Of Turkish Cıvil Code Envisaging The

- Heirdom Of The Living S, (2013), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 70, Sayı:2, Sayfalar: 221- 258
- Tüzüner, Ö.** (2013) *Türk Ve İslâm Hukuku Bakış Açısından Evlenmenin Hukukî Niteliği Hakkında Bir İnceleme*, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:1
- Uçar Toksöz, D.** (2018), *Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Halinin Bir Görünüm Biçimi Olan Anlaşmalı Boşanma İmkânının Türk Hukuku Çerçevesinde Değerlendirilmesi İzmir Democracy University Social Sciences Journal*, Cilt: 1, Sayı: 2, Sayfalar: 44 – 62
- Ünlütepe, M.** (2019). *Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılmasına Dayalı Boşanma*. Ankara: Seçkin Yayınevi
- Velidedeoğlu, H. V.** (1965). *Aile Hukuku* 5 Baskı, İstanbul: Nurgök Matbaası
- Velidedeoğlu, H. V.** (1960), *Türk Medeni Hukuku (Aile)*, 4. Baskı, İstanbul
- Yağcı, K.** (2018), *Yoksulluk Nafakasında “Süreksizlik” Sorunu* , İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 76, Sayı: 1, Sayfalar: 323 – 358
- Yağcıoğlu, B.** (2021), *Akıl Hastalığının Evlilikteki Etkilerine Genel Bir Bakış*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 29, Sayı 2, 933 – 998
- Yener, M. Z.** (2021) *Sosyal Medya Paylaşımlarının Boşanma Davasına Etkisi*, Adalet Dergisi, Sayı: 67, Sayfalar: 239- 262
- Yıldırım, N.** (2004), *Türkiye’de Boşanma Ve Sebepleri*, Bilig, Sayı: 28, Sayfalar: 59 – 81
- Yılmaz, Ç.** (2016), *Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebiyle Boşanmada Tarafların Kusuruna İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi*, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2, Sayı 2, 149 – 159
- Yücel, S.** (2019), *Yargıtay Kararları Işığında Anlaşmalı Boşanma Davası Sonrasında Nafaka Ve Tazminat Talepleri*, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 1, Yıl: Sayfalar: 239 – 257
- Yücel, Y.** (2018) *Türk Medeni Hukukunda Boşanma Hâlinde Velayet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması Ve Çocuğun Soyadı*, Onikilevha, İstanbul, 1. Baskı
- Zevkliler, A./ Havuççu, A./ Ertas, Ş./ Gürpınar, D.** (2003) *Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)* 2. Baskı, Ankara